

Tiltaltes rehabiliteringssituasjon som formildende omstendighet ved straffeutmålingen

Kandidatnummer: 720

Leveringsfrist: 25.4.2015 kl. 12:00

Antall ord: 17 593



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	4
1.1	Tema og problemstillinger	4
1.2	Bakgrunn	4
1.3	Metode og fremgangsmåte	5
1.3.1	Representativt uttrykk for gjeldende rett	5
1.3.2	Avgrensninger og presiseringer	6
2	GENERELT OM STRAFFEUTMÅLING	7
2.1	Straffens formål	7
2.1.1	Individual- og allmennprevensjon	7
2.2	Reaksjonstyper	8
2.2.1	Ubetinget fengselsstraff	8
2.2.2	Samfunnsstraff	9
2.2.3	Betinget fengselsstraff	10
2.3	Den konkrete straffeutmåling	12
2.3.1	Individual- og allmennprevensjon	13
2.3.2	Forholdsmessighets- og likhetsprinsippet	13
2.3.3	Omstendigheter som kan påvirke strafferammen og straffeutmålingen	14
2.4	Straffeutmåling i den nye straffeloven	17
2.4.1	Bedre oversikt	17
2.4.2	Lovfesting av skjerpende og formildende omstendigheter	17
3	BAKGRUNNEN FOR TILTALTES REHABILITERINGSSITUASJON SOM EN FORMILDENDE OMSTENDIGHET	18
3.1	Individualpreventivt	18
3.1.1	Reduksjon av gjentakelsesfare	18
3.1.2	Straffens korrigeringsfunksjon svekket	20
4	MOMENTER SOM TILSIER EN REHABILITERINGSSITUASJON	21
4.1	Beviskrav og bevisbyrde ved påberopelse av rehabiliteringssituasjon	21
4.2	Bidrag til sakens opplysning	22
4.3	Påvist rusfrihet	22
4.3.1	Generelt	22
4.3.2	Betydningen av «sprekk» i rusfriheten	23
4.4	Brudd med kriminelle miljøer	24
4.5	Avståelse fra kriminell aktivitet	25

4.6	Arbeid og utdanning.....	25
4.7	Ordnete familieforhold	26
4.8	Ordnet økonomi.....	27
4.9	Konsekvensene av et soningsopphold.....	28
4.10	Helhetlig vurdering av tiltaltes framtidsutsikter	29

5 REHABILITERINGSHENSYNETS VEKT I KONKURRANSE MED ANDRE STRAFFEUTMÅLINGSMOMENTER 30

5.1	Individualprevensjon mot allmennprevensjon	30
5.2	Narkotikaforbrytelser	30
5.2.1	Betinget fengsel ved narkotikaforbrytelser	31
5.2.2	Samfunnsstraff ved alvorlige narkotikaforbrytelser	32
5.3	Ruspåvirket kjøring	34
5.3.1	Samfunnsstraff	35
5.3.2	Betinget fengselsstraff	35
5.4	Formuesforbrytelser	36
5.4.1	Tyveri.....	36
5.4.2	Forbrytelse i gjeldsforhold og kreditorbegunstigelse.....	37
5.4.3	Ran	38
5.5	Voldsforbrytelser.....	38
5.5.1	Legemsbeskadigelse.....	38
5.5.2	Vold mot offentlig tjenestemann	39
5.5.3	Voldtekt.....	39
5.5.4	Forsøk på forsettlig drap	40

6 STRAFFEREDUKSJONENS UTSTREKNING DER REHABILITERINGSHENSYNET TILLEGGES VEKT 42

6.1	Valg av reaksjon.....	42
6.1.1	Fullt ut betinget fengselsstraff	42
6.1.2	Delvis betinget fengselsstraff.....	43
6.1.3	Samfunnsstraff	44
6.2	Reduksjon i straffens omfang.....	45
6.2.1	Subsidiær fengselsstraff ved idømt samfunnsstraff	45
6.2.2	Ubetinget fengselsstraff	46

7 AVSLUTNING 47

7.1	Viktigste funn.....	47
7.1.1	Rusmisbrukere som begår narkotikarelatert kriminalitet.....	47
7.1.2	Generelt om vektleggingen	47

7.1.3	Mildere straffart fremfor straffereduksjon	48
7.2	Evaluering og rettspolitiske betraktninger	48
7.2.1	Evaluering av rusprogram med domstolskontroll	48
7.2.2	Evaluering av rehabiliteringshensynet	49
8	LITTERATURLISTE	52
8.1	Juridisk litteratur	52
8.2	Lover og forskrifter	52
8.3	Konvensjoner	53
8.4	Forarbeider	53
8.5	Rettspraksis	54
8.5.1	Høyesterett	54
8.5.2	Lagmannsrettene	54

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Denne masteroppgavens hovedsakelige siktemål vil være å avdekke hvilken betydning tiltaltes rehabiliteringssituasjon blir tillagt som formildende omstendighet i straffeutmålingen. For å danne et bakteppe vil det redegjøres generelt for hvilke hensyn og regler som ligger til grunn for domstolenes straffeutmåling. Dette for å illustrere hvordan systemet fungerer og hvilke overordnede formål det bygger på. Deretter vil det undersøkes hvilke hensyn som begrunner anvendelse av tiltaltes rehabiliteringssituasjon som en formildende omstendighet. Før den nærmere betydning vurderes vil det kartlegges hvilke momenter Høyesterett tillegger vekt ved vurderingen av hvorvidt det faktisk foreligger en rehabiliteringssituasjon. Her vil det være relevant å problematisere beviskrav og bevisbyrde, samt de nærmere omstendigheter ved tiltaltes livssituasjon som etter rettspraksis blir ansett som indikatorer på en rehabiliteringssituasjon. Når dette er avklart vil fokuset rettes mot hvilken vekt rehabiliteringshensynet tillegges i rettspraksis. Som det vil fremgå er straffeutmålingen en komplisert prosess der mange hensyn inngår, slik at den innledende redegjørelsen vil komme til nytte for å forstå det hele bildet. Deretter vil det forsøkes å gi et anslag på omfanget av straffereduksjonen der rehabiliteringshensynet blir tillagt vekt. Avslutningsvis vil jeg forsøke å samle trådende for å trekke ut de viktigste funnene, for så å evaluere praksisen og komme med noen rettspolitiske betraktninger.

1.2 Bakgrunn

Rehabiliteringsmomentet kom særlig inn i domstolenes straffeutmålingspraksis på starten av 80-tallet.¹ Som fremstillingen vil vise har lovgiver ved flere anledninger anerkjent momentet. Det har eksempelvis blitt fremhevet som et viktig hensyn ved avgjørelse om samfunnsstraff skal idømmes. Det er også lovfestet som en formildende omstendighet i den nye straffelovens § 78 bokstav h. Videre ble det opprettet en prøveordning med promilleprogram i 1995 som ble permanent og lovfestet i 2007 under tilnavnet «Program mot ruspåvirket kjøring». En prøveordning med narkotikaprogram med domstolskontroll ble opprettet i 2005 og den er foreløpig videreført. Program mot ruspåvirket kjøring og narkotikaprogram med domstolskontroll faller inn under de vilkårene som kan stilles ved idømmelse av betinget fengsel. Som fremstillingen vil vise har rehabiliteringssynspunkter spilt en viktig rolle for innføringen av disse ordningene. På denne bakgrunn kan det hevdes at rehabiliteringshensynet har hatt og ser ut til å

¹ Matningsdal (2014) note 622, Strandbakken (2004) s. 10.

² Andenæs (2004) s. 67.

få en fremtredende plass i domstolenes straffeutmåling. Temaet har heller ikke blitt inngående behandlet i juridisk teori slik at behovet for en nærmere redegjørelse melder seg.

1.3 Metode og fremgangsmåte

Rehabiliteringshensynet operer som ett av mangfoldige momenter som vektlegges i straffeutmålingen. Straffeutmåling er til dels lovregulert med tilhørende forarbeider og dette vil danne utgangspunktet for den generelle innføringen. Videre er de overordnede hensyn og prinsipper som straffeutmålingen bygger på inngående behandlet i juridisk teori, slik at dette vil være en god kilde for å danne et bakteppe. Rehabiliteringshensynet er imidlertid utviklet gjennom rettspraksis basert på reelle hensyn. Den primære rettskilden for denne oppgaven vil således være høyesterettspraksis.

Gjennom domsanalyser vil siktemålet være å gjengi et representativt uttrykk for hvordan rehabiliteringshensynet anvendes etter gjeldende rett. Selv om hensynet er overrepresentert innenfor narkotikaforbrytelser, vil jeg også behandle andre forbrytelseskategorier for å skape et bredere bilde av dets anvendelsesområde. Ved teoretiske drøftelser av juss er det gjerne grensetilfellene som er det interessante. Spørsmålet blir her hvor grove overtredelser Høyesterett er villige til å møte med en mildere straffereaksjon der rehabiliteringshensynet gjør seg gjeldende. Det vil derfor fokuseres på overtredelser som i utgangspunktet straffes med ubetinget fengsel, hvor Høyesterett allikevel idømmer samfunnsstraff eller betinget fengsel av hensyn til rehabiliteringssituasjonen. Siden rehabiliteringshensynet gjerne opptrer i kombinasjon med andre straffeutmålingsmomenter vil det være utfordrende å gi en eksakt angivelse av dets betydning. Ved tolkning av de uttalelser som blir gitt med hensyn til dets vekt vil det allikevel forsøkes å gi kvalifiserte anslag.

1.3.1 Representativt uttrykk for gjeldende rett

Søkeordet ”rehabiliteringssituasjon” gir 240 treff på høyesterettsavgjørelser i lovdatas databaser. Av disse er 161 fattet fra 1990 til dags dato som utgjør hovedperioden jeg har hentet avgjørelser fra. Av disse er det mange avgjørelser hvor rehabiliteringssituasjonen ikke blir ansett som kvalifisert og de har derfor ikke hatt særlig relevans for oppgaven. Fokuset her har vært betydningen av rehabiliteringshensynet når det er godtgjort at det foreligger en rehabiliteringssituasjon. Jeg har analysert i underkant av femti høyesterettsavgjørelser. Videre har jeg gjennom arbeidet med oppgaven sett igjennom de fleste avgjørelsene av relevans. På denne bakgrunn anser jeg utvalget av rettspraksis som representativt for gjeldende rett vedrørende praktiseringen av rehabiliteringshensynet.

1.3.2 Avgrensninger og presiseringer

Oppgavens tema er allerede snevert og det melder seg derfor ikke noe stort behov for avgrensning. Det vil imidlertid bli viet noe plass til ordningene med program mot ruspåvirket kjøring og narkotikaprogram med domstolskontroll da parallellene til rehabiliteringshensynet er fremtredende. Hovedvekten av oppgaven vil allikevel ligge på det ulovfestete straffeutmålingsmomentet.

2 Generelt om straffeutmåling

2.1 Straffens formål

Ved den bevisste tilføyelsen av et onde står straffeinstituttet i en særstilling blant rettslige institusjoner.² På bakgrunn av instituttets destruktive karakter melder spørsmålet om moralsk forankring seg. Teoriene om straffens begrunnelse og formål, deles gjerne i hovedgruppene absolutte og relative straffeteorier. De absolutte straffeteoriene ser gjengjeldelse av interessekrenkelser som det overordnede formål med straffen.³ Gjengjeldelsen blir således et utslag av et krav om rettferdighet. Relative straffeteorier ser imidlertid straffen som et styringsmiddel for å beskytte samfunnet. De hviler på et utilitaristisk premiss om at straffen må gagne samfunnet som helhet. Reduksjon av kriminalitet er ansett for å gagne samfunnet og således fremtrer straffens hovedformål om prevensjon. Andenæs hevder at de relative straffeteorier er dominerende i vår tid, mens Eskeland mener at den omstendighet at domstolene må holde seg innenfor visse skranker, særlig forholdsmessighetsprinsippet, medfører et utslag av absolutte straffeteorier.⁴ At domstolene jobber innenfor gitte skranker kan imidlertid også begrunnes med at det gitte straffenivået best gagnar samfunnet, og således hente sin begrunnelse fra relative straffeteorier.

2.1.1 Individual- og allmennprevensjon

Straffens individualpreventive målsetning retter seg mot den enkelte lovovertreder. Virkningen kan oppnås ved at lovovertrederen blir avskrekket, uskadeliggjort eller i beste fall rehabilitert.⁵ Påstanden om at fengselsstraff bidrar til rehabilitering, i betydningen reduksjon av tilbakefall, har imidlertid vist seg å ikke holde vann. Etter en gjennomgang av et omfattende forskningsmateriale på området, er konklusjonen til Mathisen at en med stor sikkerhet kan si at fengsel ikke rehabiliterer.⁶

Målet om allmennprevensjon rettes mot alle borgere og søkes oppnådd via et samspill mellom trussel om, og håndhevelse av, straff.⁷ Tanken er at risikoen for avstraffelse skal skape lovlige borgere. Siden handlingene belagt med straffetrussel som hovedregel også er ansett som moralsk forkastelige, er tanken at frykten for tap av borgerlig aktelse også skal virke preven-

² Andenæs (2004) s. 67.

³ Eskeland (2013) s. 50.

⁴ Andenæs (2004) s. 68, Eskeland (2013) s. 51.

⁵ Andenæs (2004) s. 82.

⁶ Mathisen (2007) s. 83.

⁷ Andenæs (2004) s. 82.

tivt.⁸ Forskningen på den allmennpreventive virkning forstås imidlertid som usikker og uklar.⁹ Det vil si at sammenhengen mellom den tilsiktede allmennpreventive effekt og faktisk reduksjon i kriminalitet er usikker.

2.2 Reaksjonstyper

De alminnelige straffetyper fremgår av straffeloven (heretter strl.) § 15. De er henholdsvis fengsel, forvaring, hefte¹⁰, samfunnsstraff, ungdomsstraff, bøter og rettighetstap. Det avgrenses her mot reaksjonstyper som formelt sett ikke er ansett som straff. Kun fengsel og samfunnsstraff vil bli behandlet nærmere her, da disse reaksjonstypene er mest aktuelle i saker vedrørende oppgavens tema. Blikket er rettet mot domstolens valgmuligheter innenfor de rammer som fremgår av straffeloven. Siden domstolen er bundet av Høyesteretts praksis, forholdsmessighets- og likhetsprinsippet, de enkelte straffenedsettelses- og straffeforhøyelsesgrunner samt normene for skjerpende og formildende omstendigheter, vil domstolens valgmuligheter i realiteten være begrenset.¹¹

2.2.1 Ubetinget fengselsstraff

Den generelle hjemmelen for å idømme fengselsstraff er straffelovens § 17 første ledd, som i bokstav a angir en strafferamme på 14 dager til 15 år. Strafferammen utvides til 20 år dersom forholdet kan subsumeres under strl. §§ 60 a, 61 eller 62. Dette er straffeforhøyelsesgrunner som det vil redegjøres for nedenfor. Der det er særlig bestemt kan strafferammen utvides til 21 eller 30 år jf. strl. § 17 første ledd bokstav b. Dersom gjerningspersonen var under 18 år på gjerningstidspunktet kan ubetinget fengsel kun idømmes der det er ”særlig påkrevd” og strafferammen kan ikke overstige 15 år jf. strl. § 18.

Utgangspunktet er at det skal idømmes fengselsstraff dersom det straffebed tiltalte er funnet skyldig i å ha overtrådt tilskriver fengsel som eneste reaksjonsform.¹² Forsettlig drap skal for eksempel straffes med ”Fængsel i mindst 8 Aar” jf. strl. § 233 første ledd. Videre skal det idømmes fengselsstraff når loven påbyr at andre reaksjonstyper bare kan idømmes i kombinasjon med fengselsstraff. For eksempel er det for utpressing bestemt at ”Bøter kan anvendes sammen med fengselsstraffen” jf. strl. § 266 tredje ledd andre punktum. Dette utgangspunktet

⁸ Andenæs (2004) s. 84.

⁹ Mathisen (2007) s. 122.

¹⁰ Hefte er i praksis avviklet for flere tiår siden, se Matningsdal (2003) § 15 punkt 3. Straffetypen er også formelt avviklet i den nye straffeloven jf. § 29.

¹¹ Eskeland (2013) s. 494.

¹² Ibid. s. 407.

modifiseres imidlertid betraktelig av bestemmelsene som fremgår av straffelovens kapittel fem, som omhandler betinget dom og grunner til at straffen kan settes ned eller forhøyes.

Hvis gitte formildende omstendigheter foreligger kan domstolen fastsette en straff som ligger under minstetiden angitt i straffebudet og eventuelt til en mildere reaksjonstype jf. strl. §§ 55-59. Straffbart forsøk skal straffes mildere og det kan også her fastsettes en straff som ligger under minstetiden angitt i straffebudet og eventuelt til en mildere reaksjonstype jf. strl. § 51.

2.2.2 Samfunnsstraff

Samfunnsstraff er et alternativ til, og en mildere reaksjonstype enn, ubetinget fengselsstraff. Det bærende hensyn bak idømmelse av samfunnsstraff er individualprevensjon med vekt på resosialiserings- og rehabiliteringshensyn.¹³ Domstolen kan idømme samfunnsstraff dersom fire vilkår er oppfylt. Den straff som ellers ville blitt utmålt må ikke overstige ett år, hensynet til straffens formål må ikke tale imot det og tiltalte må samtykke og ha fast bopel i Norge jf. strl. § 28 a første ledd. Det første vilkåret kan imidlertid fravikes dersom den alternative fengselsstraffen ville vært helt eller delvis betinget, tiltalte var under 18 år på handlingstidspunktet eller hvis sterke grunner taler for at samfunnsstraff idømmes jf. strl. § 28 a andre ledd.

Forarbeidene gir en utfyllende beskrivelse av det idémessige grunnlaget for samfunnsstraffen.¹⁴ Den domfelte pålegges å utføre et bestemt antall timer ulønnet samfunnsnyttig arbeid over en nærmere angitt tidsperiode. Reaksjonen får således karakter av soning. Målsetningen er at en samfunnsstraff får den kriminelle til å avstå fra kriminalitet minst like lenge som ved ubetinget fengsel, samtidig som avstraffelsen er mer human. Samfunnsstraffen er imidlertid ansett som strengere enn betinget fengsel da vilkårene som oppstilles i større grad er ment å gi en følelig reaksjon.

Som utgangspunkt skulle reaksjonen idømmes der de individualpreventive hensyn veier tyngst, med nedslagsfelt mot formueskriminalitet (tyverier, innbrudd, bedragerier, skadeverk m.m.).¹⁵ Det ble senere uttrykt et ønske om å øke bruken av samfunnsstraffer og at reaksjonen skulle brukes der «det er forsvarlig av hensyn til samfunnets krav på beskyttelse og den allminnelige rettsoppfatning».¹⁶ Deretter ble det uttalt at vilkåret i strl. § 28 a første ledd bokstav b, om at straffens formål ikke må tale mot en reaksjon i frihet, var det ”mest begrensende for

¹³ Eskeland (2013) s. 417, Rt. 1991 s. 275.

¹⁴ Ot.prp. nr.72 (1989–90) s. 8–19.

¹⁵ Ibid. s. 40.

¹⁶ St.meld. nr.27 (1997–98) s. 7.

hvilket anvendelsesområde straffen kan gis”.¹⁷ Videre ble det uttalt at ”Retten gis likevel relativt stor frihet til å finne anvendelsesområdet for samfunnsstraffen”.

Det har således skjedd en gradvis utvidelse av nedslagsfeltet for samfunnsstraffen i rettspraksis. Spesielt relevant er økningen av idømt samfunnsstraff for narkotikaforbrytelser, som i perioden 1992 til 1995 utgjorde 12-15 % av det totale antall dommer på samfunnsstraff.¹⁸ Prosentandelen har økt til 21,6 i 2011 og det er nå den nest største forbryterkategorien for idømt samfunnsstraff kun overgått av voldsforbrytelser.¹⁹

Der det blir idømt samfunnsstraff for narkotikaforbrytelser er dette ofte begrunnet i rehabiliteringshensyn. Før lovendringen i 2006 var samfunnsstraff begrenset til straffesaker med en strafferamme på seks år, noe som utelukket grove narkotikaforbrytelser etter strl. § 162 andre ledd. At det ikke var anledning til å idømme samfunnsstraff ved grove narkotikaforbrytelser var ifølge forarbeidene en av grunnene til at seks-års kravet ble fjernet.²⁰ Det fremgår av forarbeidene at «samfunnsstraff kan være en velegnet reaksjon i en del slike saker, særlig hvor det foreligger en rehabiliteringssituasjon».²¹ En prinsipiell uttalelse ble gitt i en høyesterettsavgjørelse inntatt i Rt. 2000 s. 1446, hvor tiltalte ikke oppnådde samfunnsstraff da det ikke forelå tilstrekkelige formildende omstendigheter. Her ble det uttalt at ved relativt alvorlig narkotikakriminalitet bør anvendelsesområdet for samfunnsstraff begrenses til ”tilfeller hvor det foreligger ekstraordinære rehabiliteringshensyn”. Der ekstraordinære rehabiliteringshensyn foreligger, vil dette nettopp være et eksempel på et tilfelle der individualpreventive hensyn kan sies å veie tyngst og at praksis således er i tråd med forarbeidene.

2.2.3 Betinget fengselsstraff

Straffeloven § 52 nr. 1 gir retten anledning til å bestemme at ”fastsetting eller fullbyrding av straff skal utsettes i en prøvetid”, såkalt betinget fengselsstraff. Slik utsettelse forutsetter at den domfelte ikke begår nye straffbare handlinger i prøvetiden jf. strl. § 53 nr. 1, samt overholder nærmere bestemte vilkår jf. strl. § 53 nr. 2-5. Det er også anledning til å gi delvis betinget dom etter strl. § 52 nr. 2.

Andenæs anser betinget fengsel som et utslag av en generell kriminalpolitisk tanke: ”Når straffen ikke er nødvendig, hverken av hensyn til den alminnelige lovlydighet eller av hensyn

¹⁷ Ot.prp. nr.5 (2000-2001) s. 176.

¹⁸ St.meld. nr.27 (1997-98) s. 51.

¹⁹ Skarðhamar (2013) s. 16.

²⁰ Ot.prp. nr.90 (2003-2004) s. 295.

²¹ Ibid.

til lovovertrederen selv, bør samfunnet avstå fra å bruke den”.²² Straffen er her i betydningen ubetinget fengsel. Før lovendringen i 1981 var det også et vilkår for å gi betinget fengsel at ”verken hensynet til den alminnelige lovlydighet eller hensynet til å avholde domfelte fra nye straffbare handlinger” talte imot det. Lovendringen skyldtes at vurderingen i realiteten stilte domstolen fritt og dermed ikke hadde noen praktisk betydning, slik at en endring til at ”retten kan” idømme betinget fengsel ikke medførte noen realitetsendring av rettstilstanden.²³ Det må altså vurderes hvilke allmennpreventive og individualpreventive hensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete sak. Her vil som utgangspunkt alle straffeutmålingsmomenter være relevante.

2.2.3.1 Vilkår om program mot ruspåvirket kjøring

Det ble ved lov av 23. juni 1995 nr. 35 innført en prøveordning med promilleprogram som vilkår for betinget fengsel. Ordningen med et slikt program har senere ved lov 29. juni 2007 nr. 84 blitt innført på permanent basis og gjelder nå alle former for ruspåvirket kjøring. Dette er et alternativ til ubetinget fengsel som kan idømmes med hjemmel i veitrafikkloven § 31 femte ledd jf. strl. § 53 nr. 3 bokstav e. Det er et vilkår etter strl. § 53 bokstav e at domfelte har et ”problem med alkohol eller annet berusende eller bedøvende middel”. Ordningen avgrenses altså mot personer som ikke har et alkohol- eller rusproblem men som allikevel velger å kjøre i ruspåvirket tilstand, noe som også er forutsatt i forarbeidene.²⁴ Det kreves samtykke fra den tiltalte og personundersøkelse skal alltid rekvireres jf. forskrift om program mot ruspåvirket kjøring §§ 4 og 5. Tiltaltes motivasjon for å gjennomføre programmet er således avgjørende. Ordningen kan derfor sies å danne en parallell til rehabiliteringshensynet.

2.2.3.2 Vilkår om narkotikaprogram med domstolskontroll

Ved lov 17. juni 2005 nr. 92 ble det for Oslo og Bergen kommune innført en prøveordning med narkotikaprogram med domstolskontroll. Fra forarbeidene fremgår det at ”Målet med programmet i Norge er både å forbedre de praktiske hjelpe- og behandlingstilbudene for tungt belastede rusmiddelmisbrukere og forebygge ny kriminalitet”.²⁵ Lovgiver begrunner altså innføringen med individualprevensjon. Hjemmelen for å idømme betinget fengsel med vilkår om narkotikaprogram med domstolskontroll er strl. § 53 nr. 3 bokstav e. Det forutsettes etter strl. § 53 nr. 3 bokstav e at domfelte samtykker. Videre stilles det etter strl. § 53 nr. 6 andre punktum vilkår om at domfelte er rusmisbruker og er dømt for narkotikarelatert kriminalitet.

²² Andenæs (2004) s. 476.

²³ Matningsdal (2003) punkt 3.1.

²⁴ Ot.prp. nr.31 (2006-2007) s. 66-67.

²⁵ Ot.prp. nr.81 (2004-2005) s. 5.

Forskriften om prøveordning med narkotikaprogram gitt med hjemmel i strl. § 53 nr. 6 stiller nærmere vilkår om at domfelte må være ”bosatt i en av prøvekommunene og ha et i hovedsak narkotikarelatert rusmiddelproblem” jf. § 2 andre punktum.

Innholdet i programmet skal etter forskriftens § 7, i tråd med forarbeidene, være individuelt tilpasset med siktemål mot å ”reducere faren for ny kriminalitet og fremme domfeltes rehabilitering”. Programmet kan for eksempel bestå av «individuelt tilpasset behandling i spesialisthelsetjenesten og kommunehelsetjenesten, utdannings- og arbeidstiltak, booppfølging, fritidsaktiviteter, oppfølging av sosialtjenesten og andre tiltak som er viktige for den enkeltes rehabilitering og integrering i samfunnet». Betinget dom med vilkår om narkotikaprogram med domstolskontroll bygger således klart på rehabiliteringssynspunkter og fremstår nærmest som en lovfesting av rehabiliteringshensynet der de gitte vilkår er oppfylt. Domfelte som er motiverte for det kan her få muligheten til å følge et rehabiliteringsopplegg i stedet for å måtte sone en ubetinget fengselsstraff.

2.3 Den konkrete straffeutmåling

Det første domstolen tar stilling til ved straffeutmålingen er hvilken strafferamme som gjør seg gjeldende for den aktuelle lovovertrедelse. Her vil det konkrete straffebuds rammer for laveste og høyeste straff i kombinasjon med den generelle strafferammen som fremgår av strl. § 17 danne utgangspunktet. Straffebudet kan også kreve en minstestraft, slik det eksempelvis gjøres for forsettlig drap jf. strl. § 233. Strafferammen er en indikator på lovgivers og derav samfunnets syn på den straffbare handlingens grovhet.²⁶ For den konkrete straffeutmålingen vil en vurdering av handlingens objektive grovhet samt gjerningsmannens subjektive skyld danne utgangspunktet.²⁷ Den konkrete strafferammen vil umiddelbart gi illusjonen av et vidt spillerom for domstolen. Rettspraksis, og da spesielt høyesterettspraksis, oppstiller imidlertid normer som begrenser dette spillerommet.²⁸ Spørsmålet blir således hvilke momenter som vektlegges av Høyesterett ved angivelse av det generelle straffenivået for en bestemt type lovovertrедelse.

²⁶ Strandbakken (2004) s. 2.

²⁷ Andenæs (2004) s. 463.

²⁸ Ibid. s. 457.

2.3.1 Individual- og allmennprevensjon

Straffens målsetning om individual- og allmennprevensjon vil synliggjøres som overordnede hensyn ved den konkrete straffeutmåling.²⁹ Et skjerpende eller formildende moment kan således begrunnes med prevensjon på individuelt eller allment plan.

Som nevnt under punkt 2.1.1, antas ikke straffen å ha den tilsiktede individualpreventive effekt og det er sjeldent en finner nyere høyesterettspraksis som begrunner en skjerpelse av straffen med individualprevensjon.³⁰ Et eksempel gir imidlertid Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2004 s. 365. Her var begrunnelsen at det var planlagt en rekke tiltak for domfelte ved den forestående soningen. For å unngå at disse ble avbrutt ved tidlig løslatelse ble straffen satt til 120 dagers ubetinget fengsel fremfor et anslag på 45 dager dersom kun forholdsmessighetsprinsippet ville fått anvendelse. Det ser altså ut til at det må foreligge helt særegne omstendigheter for at skjerpelse av straffen begrunnes i individualprevensjon. Derimot begrunnes ofte formildende omstendigheter med individualprevensjon. Vektlegging av tiltaltes rehabiliteringssituasjon har eksempelvis en individualpreventiv begrunnelse.

Allmennprevensjon blir på den andre siden anført som begrunnelse i de tilfellene hvor det er aktuelt å idømme en streng reaksjon.³¹ De skjerpende straffeutmålingsmomentene har således en allmennpreventiv begrunnelse. Det melder seg et større behov for å synliggjøre at det slås hardt ned på de grove lovovertrедelsene med den avskrekkende effekt dette tilsikter å ha. Høyesterett formulerer det ofte som hensynet til den alminnelige lovlydighet når de benytter en allmennpreventiv begrunnelse for skjerpelse av straffen.³²

2.3.2 Forholdsmessighets- og likhetsprinsippet

Som tidligere nevnt er straffens hovedformål å virke individual- og allmennpreventivt. Parallelt med dette må det tas hensyn til forholdsmessighets- og likhetsprinsippet.

Forholdsmessighetsprinsippet går ut på at straffen skal stå i rimelig forhold til handlingens straffverdighet.³³ Dersom prevensjon tilsier en streng straff kan således forholdsmessighetsprinsippet medføre et innhugg i dette utgangspunktet, dersom handlingens straffverdighet blir ansett som lav.

²⁹ Eskeland (2013) s. 461.

³⁰ Ibid s. 462.

³¹ Ibid.

³² Rt. 1996 s. 38, Rt. 1996 s. 50.

³³ Eskeland (2013) s. 59.

Likhetsprinsippet innebærer, i relasjon til straffeutmåling, at handlinger av tilsvarende grad av straffverdighet skal behandles noenlunde likt.³⁴ Dermed vil tidligere avgjørelser i tilsvarende saker legge føringer på straffeutmålingen.

Hvis det ved lovendringer blir uttalt et ønske om endring i straffeutmålingspraksis i motivene, er dette et signal domstolene også vil legge vekt på.³⁵ Et godt eksempel på Høyesteretts lojalitet ovenfor lovgiver er straffutmålingen ved promillekjøring etter veitrafikkloven § 31. Da loven ble endret ved lov av 8. juli 1988 nr. 70 med sikte på å oppnå en mer nyansert straffutmåling ved promillekjøring, fulgte Høyesterett lovgivers anvisning i nærmest minste detalj.³⁶

2.3.2.1 Rehabiliteringshensynets innhugg i likhetsprinsippet

Strandbakken og Matningsdal har reist problemstillingen om hvorvidt en sterk vektlegging av individualpreventive hensyn vil åpne for forskjellsbehandling.³⁷ Eksempelet vil da være at to tiltalte som har begått tilsvarende straffbar handling kan få ulik reaksjonsform eller lengde avhengig av om det foreligger en rehabiliteringssituasjon. De mener at en redusert gjentakelsesfare vil kunne forsvare forskjellsbehandlingen. Videre vil en domfelt som bryter vilkårene for samfunnsstraff eller betinget fengsel måtte sone den subsidiære fengselsstraffen. Selv om disse argumentene kan forsvare forskjellsbehandlingen, vil en vektlegging av hensyn utenfor den straffbare handlingen fortsatt innebære et innhugg i likhetsprinsippet. Førstvoterende for mindretallet i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1991 s. 275 stiller i denne sammenheng spørsmålet om «hvorfor gjerningsmenn med uplettede rulleblad, som for første gang innfanges i narkotikakriminalitet, bør nektes den sjanse som tilstår sosialt nedkjørte og/eller residiverende lovbrøyttere med et større resosialiserings- og rehabiliteringsbehov». Vektlegging av rehabiliteringshensynet kan derfor virke urettferdig ovenfor lovovertrедere som ikke kan påberope hensynet men som allikevel fortjener den sjansen som ligger i en mildere straffereaksjon.

2.3.3 Omstendigheter som kan påvirke strafferammen og straffeutmålingen

Når det er fastlagt hvor straffenivået generelt ligger, må det tas stilling til om det foreligger skjerpende eller formildende omstendigheter i den konkrete sak, som kan medføre en strengere eller mildere reaksjon. Omstendighetene kan inndeles i to kategorier, der den første katego-

³⁴ Eskeland (2013) s. 61.

³⁵ Andenæs (2004) s. 459-460.

³⁶ Matningsdal (2002) s. 355.

³⁷ Strandbakken (2004) s. 16.

rien gir hjemmel for å gå utenfor den angitte strafferammen, mens den andre kategorien gir hjemmel for korrigering innenfor den angitte strafferammen.

2.3.3.1 Straffenedsettelses- og straffeforhøyelsesgrunner

Hjemmel for å fravike strafferammen kan for det første fremgå av det aktuelle straffebudet. Det kan enten kreves spesifikke angitte omstendigheter, eller mer generelle særdeles skjerpene og særdeles formildende omstendigheter. For forsettlig drap jf. strl. § 233 benyttes både spesifikke og generelle omstendigheter, da strafferammen utvides til 21 år både hvis det er ”handlet med Overlæg” og hvis ”særdeles skjerpene Omstændigheder foreligger”.

For det andre fremgår det generelle straffenedsettelsesgrunner i strl. §§ 55-59. Etter strl. § 55, kan ikke den utvidede strafferammen i strl. § 17 første ledd bokstav b benyttes, for handlinger forøvd før gjerningsmannen fylte 18 år. Det er også anledning til å utmåle en straff som er lavere enn den opprinnelige strafferammen, samt velge en mildere straffart der forholdene tilsier det. Det er også anledning til å sette straffen ned eller velge en mildere straffart dersom en rekke subjektive momenter ved handlingen foreligger. For eksempel dersom handlingen faller innenfor nødrett eller nødverge men grensen etter strl. §§ 47 eller 48 er overtrådt jf. strl. § 56 første ledd bokstav a. Det samme gjelder for handlinger ”foretatt i berettiget harme, under tvang eller overhengende fare” jf. strl. § 56 første ledd bokstav b. Det gjelder også gjerningsmenn som hadde en ”betydelig svekket evne til realistisk vurdering av sitt forhold til omverdenen” jf. strl. § 56 første ledd bokstav c, samt de som ”handlet under bevisstløshet som var en følge av selvforskyldt rus” forutsatt at ”særdeles formildende omstendigheter” foreligger. Strl. § 57 gjelder rettsvillfarelse og forutsetter således at gjerningspersonen ikke kjente til at vedkommende handling var rettsstridig. Dersom den straffbare handlingen er begått i samvirke kan den mindre aktive parten straffes mildere etter strl. § 58. Hvis gjerningspersonen før han vet han er mistenkt ”i det vesentlige har forebygget eller gjenopprettet de skadelige følger av handlingen” jf. strl. § 59 første ledd, kan dette medføre straffenedsettelse. Det samme gjelder dersom det blir avgitt en ”uforbeholden tilståelse” jf. strl. § 59 andre ledd.

For det tredje fremgår det generelle straffeforhøyelsesgrunner i strl. §§ 60 a, 61 og 62. Strafferammen forhøyes etter strl. § 60 a dersom den straffbare handling kan knyttes til ”en organisert kriminell gruppe”. Det samme gjelder for tidligere dømte som begår en ”straffbar handling av samme art som han tidligere er dømt for” jf. strl. § 61. Strafferammen utvides også etter strl. § 62 der ”noen i samme eller i forskjellige handlinger forøvet flere forbrytelser eller forseelser som skulle ha medført frihetsstraff”, såkalt konkurrens.

For det fjerde kan straffbart forsøk jf. strl. § 51 og faktisk villfarelse jf. § 42 medføre straffenedsettelse.³⁸ Den faktiske villfarelsen må i denne sammenheng knytte seg til ”Omstendigheter [...] der [...] forhøier Strafskylden”. Dette har i rettspraksis også blitt tolket til å gjelde omstendigheter som medfører lavere strafferamme.³⁹

2.3.3.2 Skjerpende og formildende omstendigheter

Den någjeldende straffelov inneholder ingen generelle bestemmelser om skjerpende og formildende omstendigheter. Hvilke omstendigheter som skal vektlegges i de ulike retninger er i all hovedsak utviklet gjennom rettspraksis basert på reelle hensyn. Omstendighetene grupperes etter hvorvidt de knytter seg til objektive trekk ved handlingen, subjektive trekk ved gjerningspersonen eller andre momenter utenfor handlingen.⁴⁰ De objektive omstendighetene er en vurdering av handlingens grovhet. Dersom handlingen for eksempel er utført på en særlig smertefull, farlig eller krenkende måte, vil dette være skjerpende. De subjektive omstendighetene kan for eksempel knytte seg til graden av skyld eller motivet for handlingen. Videre kan gjerningsmannens personlige forutsetninger trekke i begge retninger. Andre omstendigheter knytter seg til forhold som har oppstått etter det straffbare forholdet. Her kommer blant annet oppgavens tema inn, nemlig tiltaltes rehabiliteringssituasjon.

2.3.3.2.1 Tidsforløpet

Et moment som ofte blir vurdert under straffeutmålingen og som dermed krever en nærmere beskrivelse, er tidsforløpet fra oppdagelse til dom. Dersom det har gått uforholdsmessig lang tid fra oppdagelse til dom, vil dette kunne føre til en reduksjon i straffen eller til at en mildere straffart blir idømt.⁴¹ Det er spesielt i de tilfellene tidsforløpet skyldes lang behandlingstid hos politiet, påtalemyndigheten eller domstolen at momentet tillegges vekt. Dette er altså en formildende omstendighet utenfor den straffbare handlingen. Utgangspunktet er at det må ha gått ett og et halvt år før momentet tillegges vekt.⁴² Selv om momentet har selvstendig rettskildemessig forankring i rettspraksis, har det også rettskildemessig forankring i den europeiske menneskerettskonvensjonens (EMK) artikkel 6, som er inkorporert som norsk lov jf. menneskerettighetsloven § 2. Etter denne artikkelen har siktede krav på å få behandlet sin straffesiktelse innen ”reasonable time” eller ”rimelig tid”. Ved brudd på EMK art. 6 er det ansett som tilstrekkelig ”remedy” eller ”prøvingsrett” etter EMK art. 13, at det blir tatt hensyn til dette

³⁸ Eskeland (2013) s. 448.

³⁹ Rt. 1983 s. 1268.

⁴⁰ Andenæs (2004) s. 462-476, Eskeland (2013) s. 467-487.

⁴¹ Andenæs (2004) s. 473, Eskeland (2013) s. 481-482.

⁴² Matningsdal (2014) note 198.

ved straffeutmålingen. Hvor stor straffereduksjon som gis vurderes konkret for den enkelte sak, hensett til hvor lang tid det er tale om, sakens art og omstendighetene for øvrig.⁴³

2.4 Straffeutmåling i den nye straffeloven

2.4.1 Bedre oversikt

Bestemmelsene som gjelder straffeutmåling kan virke utilgjengelige og dårlig systematisert i den någjeldende straffeloven. Dette er søkt avhjulpet i den nye straffeloven hvor det har tilkommet et eget kapittel 14 med fellesregler for reaksjonsfastsettelsen. Her er de overnevnte bestemmelsene systematisert og samlet på ett sted, noe som gjør bestemmelsene mer tilgjengelige.

2.4.2 Lovfesting av skjerpende og formildende omstendigheter

Utover systematiseringen har det også blitt lovfestet hvilke skjerpende og formildende omstendigheter som det skal tas hensyn til ved straffeutmålingen jf. strl. 2005 §§ 77 og 78. Selv om formuleringene kan tenkes å avvike noe fra de som er brukt i rettspraksis, har hensikten vært å kodifisere gjeldende rett.⁴⁴ Siden formuleringen ”især tas i betraktning” blir benyttet, indikerer dette at listen ikke er uttømmende. Høyesterett vil derfor fortsatt beholde sin normerende rolle ved utviklingen av hvilke momenter det skal legges vekt på ved straffeutmålingen. Det primære formålet med lovfesting har i følge forarbeidene vært å gjøre loven mer informativ og dermed sikre forutberegnelighet. Det blir allikevel uttalt at bestemmelsene har karakter av å være tvingende hovedregler for hvilke omstendigheter som er relevante, slik at de skal tas i betraktning og normalt tillegges vekt.⁴⁵

Vedrørende tiltaltes rehabiliteringssituasjon har formuleringen ”det er gode utsikter til rehabilitering” blitt valgt jf. strl. 2005 § 78 første ledd bokstav h. Det legges altså opp til en fremtidsrettet vurdering. Basert på momentene som beskrives nedenfor i kapittel fire, synes dette å være i samsvar med gjeldende rett. Forarbeidene gir ikke noen nærmere beskrivelse av hva en rehabiliteringssituasjon innebærer, eller hvilken vekt den skal tillegges. Vurderingen vil derfor også i fremtiden basere seg på gjeldende praksis utviklet av Høyesterett.

⁴³ Bårdsen (1997) s. 346.

⁴⁴ Ot.prp. nr.8 (2007-2008) s. 268.

⁴⁵ Ibid.

3 Bakgrunnen for tiltaltes rehabiliteringssituasjon som en formildende omstendighet

De skjerpende og formildende omstendigheter, herunder tiltaltes rehabiliteringssituasjon, er utviklet gjennom rettspraksis. Hvilke momenter som blir tillagt vekt i skjerpende og formildende retning oppstår imidlertid ikke i et vakuum. Det må derfor undersøkes hvilke reelle hensyn som begrunner en mildere straffereaksjon der tiltalte er i en rehabiliteringssituasjon. Særlig siden begynnelsen av 80-tallet har tiltaltes rehabiliteringssituasjon kommet inn som en formildende omstendighet med en individualpreventiv begrunnelse.⁴⁶

3.1 Individualpreventivt

Målet med individualprevensjon er å forhindre at den konkrete lovovertreder begår flere lovbrudd. Reaksjonsfastsettelsen bør derfor gjenspeile det som gir størst håp om et godt fremtidig resultat. Gjennomgangen av Høyesteretts praksis nedenfor vil vise at lovovertredere som er inne i en lovende rehabiliteringssituasjon, blir vurdert til å ha redusert gjentakelsesfare dersom de behandles mildere i straffeutmålingen. Når det gjelder rusmisbrukere kan dette indikere en forutsetning om at misbruket av rusmidler blir ansett som en avgjørende årsak til at tiltalte begår lovbrudd.⁴⁷ Som beskrevet nedenfor blir også andre omstendigheter ved domfeltes livssituasjon ansett som motiverende årsaker til hans eller hennes kriminelle virksomhet. Hvis disse omstendighetene er mindre fremtredende ved domfellelse ser rettspraksis ut til å tillegge dette en presumpsjon om at gjentakelsesfaren er redusert.

3.1.1 Reduksjon av gjentakelsesfare

Vektleggingen av redusert gjentakelsesfare kan illustreres med en høyesterettsavgjørelse inn tatt i Rt. 1981 s. 509, hvor en tidligere straffet mann fikk sin straff gjort betinget blant annet av hensyn til hans rehabiliteringssituasjon. Tingretten uttalte at det var ”sterkt å frykte at den gode utvikling tiltalte nå er inne i vil forspilles dersom han nå må sone en lengre frihetsstraff”. Høyesterett tiltrådte tingrettens begrunnelse og forkastet påtalemyndighetens anke over straffeutmålingen. Videre ble det uttalt at resultatet vil være ”best i overensstemmelse med det overordnede mål strafferettspleien skal forfølge å la denne domfelte få utnytte den sjansen han nå synes å ha for å komme over i menneskeverdige forhold”. Det overordnede mål det siktes til må forstås som målsetningen om å skape lovlydige borgere. På individnivå

⁴⁶ Matningsdal (2014) note 622.

⁴⁷ Rt. 2003 s. 1783 (15).

ble det altså ansett å være størst utsikter til å nå målsetningen om tiltalte fikk sin straff gjort betinget for slik fortsette sin rehabilitering.

En nyere Høyesterettsavgjørelse er inntatt i Rt. 2009 s. 1371, hvor straffen ble omgjort til samfunnsstraff blant annet under henvisning til en klar og sterk rehabiliteringssituasjon. Tiltalte var tidligere rusmisbruker og var dømt for grov narkotikaforbrytelse, men deltok nå i legemiddelassistert rehabilitering. Det ble uttalt at det at tiltalte får fortsette å være rusfri ”ikke bare tjener ham selv, men også samfunnet ved at den kriminelle virksomheten knyttet til hans bruk og hans bidrag til spredning av narkotika, blir borte”. Her kommer altså igjen hensynet om å redusere gjentakelsesfaren inn. Samtidig vises det hvordan reduksjon av gjentakelsesfare gagner samfunnet som helhet. Dette synspunktet er også uttrykt i Rt. 2009 s. 293 hvor det ble idømt samfunnsstraff for alvorlig narkotikaforbrytelse av hensyn til en reell og loven- de rehabiliteringssituasjon. Her blir det uttalt at ”farene ved og skadevirkningene av heroin- misbruk, herunder den kriminalitet misbruket ofte medfører, [...] gjør at det ikke bare er i misbrukerens, men også i samfunnets interesse at rehabiliteringen lykkes”. Selv om tiltalte ikke måtte avbryte et rehabiliteringsopplegg ved soning i fengsel, ble det vektlagt at det ”vil kunne virke ødeleggende på den positive prosessen han er inne i”. Framtidsutsiktene med henblikk på lovlydighet ble altså vurdert som best dersom domfelte slapp å sone fengsels- straff.

Det kan være nærliggende å trekke en parallell til det tidligere nevnte programmet mot ruspå- virket kjøring. Fra justiskomiteens innstilling vedrørende innføringen av prøveordningen med promilleprogram fremgår det at endringen var en ”erkjennelse av at ubetinget fengsel for bil- førere med alkoholproblem kanskje ikke har den nødvendige preventive effekt. Det er derfor viktig å forebygge gjentakelse ved å gjøre noe med selve alkoholproblemet”.⁴⁸ Forutsetningen er altså at deltagelse i et rehabiliterende promilleprogram vil gi en større individualpreventiv effekt og dermed redusere gjentakelsesfaren i større grad.

Som tidligere nevnt har også narkotikaprogram med domstolskontroll rehabiliteringshensyn og reduksjon av gjentakelsesfare som sin hovedbegrunnelse. Prøveordningen omfavner en stor andel av de som eller ville kunne påberope rehabiliteringshensynet som formildende om- stendighet. Ordningen fremstår derfor som en form for annerkjennelse fra lovgiverhold av domstolens vektlegging av rehabiliteringshensyn.

⁴⁸ Innst. O. nr.65 (1994-1995) s. 2.

3.1.2 Straffens korrigeringsfunksjon svekket

Som nevnt i punkt 2.1.1, er det rettssosiologiske hovedsynspunktet i dag at fengsel ikke rehabiliterer. Når domfeltes rehabiliteringssituasjon kommer inn som et hensyn i straffeutmålingen, gjelder det ofte tidligere straffede personer. Dermed sitter domstolene med kunnskap som kan indikere at fengselsstraff ikke har virket korrigerende på tiltalte. Den eneste individualpreventive effekten som gjenstår ved ubetinget fengselsstraff er dermed inkapasiteringen. Når tiltalte da befinner seg i en reell og lovende rehabiliteringssituasjon vil dermed sterke reelle hensyn tale for å ikke avbryte denne prosessen.

4 Momenter som tilsier en rehabiliteringssituasjon

Det vil i det følgende redegjøres for hvilke momenter som blir tillagt betydning når domstolene tar stilling til om det foreligger en rehabiliteringssituasjon. For at rehabiliteringssituasjonen skal kunne tillegges vekt kreves det at den er tilstrekkelig kvalifisert. Dette blir gjerne formulert som en sterk og klar⁴⁹ eller reell og lovende⁵⁰ rehabiliteringssituasjon. Det legges opp til en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering der flere momenter vil inngå. Her vil siktemålet være å kartlegge hvilke momenter som inngår i helhetsvurderingen ved å undersøke hva som blir fremhevet i rettspraksis.

Vurderinger av rehabiliteringssituasjon kan være aktuelt både der det er spørsmål om å idømme betinget fengselsstraff og der det er spørsmål om å idømme samfunnsstraff. Momentene er hovedsakelig sammenfallende og behandles derfor under ett. Før det tas stilling til de konkrete momenter vil det være naturlig å vurdere hvilke straffeprosessuelle krav som gjelder med tanke på beviskrav og bevisbyrde.

4.1 Beviskrav og bevisbyrde ved påberopelse av rehabiliteringssituasjon

Utgangspunktet i norsk straffeprosess er at påtalemyndigheten har bevisbyrden og at straffeskylden skal bevises utover enhver rimelig tvil.⁵¹ Hvorvidt samme krav stilles til straffeutmålingsmomenter som faller utenfor skyldspørsmålet kan være noe uklart. Ved Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1998 s. 1945 var det sentrale spørsmålet hvilket beviskrav som skulle stilles til straffeutmålingsmomenter. Det var i denne sammenheng i tilknytning til kvantum av narkotika som kun ville få betydning for straffeutmålingen. Etter førstvoterendes vurdering måtte ”beviskravet til kvantumet [...] i prinsippet være det samme”. Her ble det altså oppstilt et like strengt beviskrav som det gjøres for straffeskyld.

Når det gjelder bevisbyrden og beviskravet ved påberopelse av at det foreligger en rehabiliteringssituasjon, er det grunn til å tro at saken stiller seg noe annerledes. Andenæs hevder at man ved vurderingen av om det foreligger en rehabiliteringssituasjon ikke i samme grad vil la enhver tvil komme tiltalte til gode.⁵² Matningsdal mener det for straffeutmålingsmomenter utenfor selve handlingen ofte kan være ”grunn til å oppstille svakere beviskrav, uten at man til tiltaltes skade nødvendigvis legger det mest sannsynlige faktum til grunn”.⁵³ Videre hevder

⁴⁹ Rt. 2009 s. 1371 (18).

⁵⁰ Rt. 2009 s. 294 (15).

⁵¹ Andenæs (2009) s. 160.

⁵² Ibid. s. 162-163.

⁵³ Matningsdal (1998) s. 286.

han at det ikke vil være ”naturlig å la enhver rimelig tvil komme siktede til gode ved avgjørelsen av om det foreligger en rehabiliteringssituasjon”. Et strengt beviskrav i denne sammenheng vil heller komme tiltalte til skade enn til gode da resultatet kan bli at rehabiliteringssituasjonen ikke anses sannsynliggjort. Prinsippet om at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode er hovedsakelig begrunnet med en målsetning om å forhindre at uskyldige blir dømt. Bevisvurderingen knyttet til en rehabiliteringssituasjon faller således utenfor prinsippets kjerneområde og det er da naturlig at beviskravet senkes tilsvarende. Påtalemyndigheten vil også her ha bevisbyrden. Som neste punkt vil vise, stilles det imidlertid visse krav til tiltaltes bidrag til sakens opplysning.

4.2 Bidrag til sakens opplysning

Når det blir påberopt at det foreligger en rehabiliteringssituasjon, vil det være av betydning at tiltalte bidrar til sakens opplysning vedrørende dette. Ved Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1999 s. 1471 ble ikke domfeltes rehabiliteringssituasjon ansett tilstrekkelig sannsynliggjort og straffen ble derfor ikke gjort betinget. Det ble uttalt at domfelte ikke hadde påvist at det forelå en slik situasjon. Begrunnelsen var at han «ikke ønsket å medvirke til at det for Høyesterett ble innhentet opplysninger om hans arbeids- og utdanningsplaner fra arbeidskontoret» med henvisning til at han «motsatte seg at saksbehandleren ved arbeidskontoret ble løst fra taushetsplikten». Førstvoterende uttalte deretter tydelig: «Dette er for meg avgjørende». På denne bakgrunn anses det nærliggende at hindring av sakens opplysning vil kunne være diskvalifiserende for den påberopte rehabiliteringssituasjonen.

4.3 Påvist rusfrihet

4.3.1 Generelt

Rusmisbrukere som i tiden etter det straffbare forholdet har kunnet påvise rusfrihet, utgjør en stor gruppe blant de som får vektlagt sin rehabiliteringssituasjon. Ved Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1994 s. 900 ble det blant annet fremhevet at domfelte hadde lagt seg inn på en privat klinikk for å få behandling for sitt alkoholproblem. Saken gjaldt straffeutmåling for forsikringssvindel jf. strl. § 272, falsk anmeldelse jf. strl. § 171 og skadeverk jf. strl. § 291. Det ble lagt til grunn at behandlingen var vellykket og at han nå avsto fra bruk av alkohol. Videre ble det lagt vekt på at domfelte nå hadde fått orden på sin økonomi og inngått et nytt ekteskap. Domfelte fikk medhold i sin anke over straffeutmålingen og fikk omgjort den ubetingete fengselsstraffen på 60 dager til betinget fengsel. Når de straffbare handlingene ble begått hadde domfelte et alvorlig alkoholproblem, økonomiske problemer og hans tidligere ekteskap var nylig blitt oppløst. Det virker som Høyesterett har sett på disse omstendighetene

som medvirkende faktorer til at domfelte begikk de kriminelle handlingene. Siden de senere ble nøytralisert sank således faren for at domfelte ville begå ny kriminalitet tilsvarende.

En annen høyesterettsavgjørelse inntatt i Rt. 1995 s. 1347 fremhevet at domfelte allerede ved pådømmelse i lagmannsretten hadde vært «rusfri i lengre tid» og ved innleggelser på klinikk og behandlingssenter «vist vilje og evne til å legge om sin livsførsel». Saken gjaldt straffeutmålingen for overtredelse av strl. § 162 annet ledd som omhandler grov narkotikaforbrytelse. Lagmannsretten hadde fastsatt straffen til to år og ni måneder ubetinget fengselsstraff. Opplysningene som forelå for Høyesterett viste «entydig, at denne positive utviklingen er blitt videreført». Denne avgjørelsen synliggjør at det foretas en fremtidsrettet vurdering av domfeltes sjanser for å lykkes med en varig avståelse fra rusmidler. Det ble også lagt vekt på langt tidsforløp siden det straffbare forholdet ble begått, tiltaltes brudd med det kriminelle miljøet, at han tok studiekompetanse med sikte på høyere utdanning og at han var i et samboerforhold der de ventet barn. Domfelte fikk straffen gjort delvis betinget med en ubetinget del på ett år som ble ansett utholdt ved varetekt.

Ved Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2009 s. 1371, fikk en tidligere straffet mann omgjort sin straff for grov narkotikaforbrytelse til samfunnsstraff blant annet av hensyn til en reell og lovende rehabiliteringssituasjon. Her ble det lagt til grunn følgende: ”Han har et støtteapparat rundt seg, er med i LAR-prosjekt (legemiddelassistert rehabilitering) og avlegger urinprøver. [...] Han har opplyst at han ikke har brukt illegale medikamenter siden han begynte med Subutex, noe det heller ikke er rapportert om fra hjelpeapparatet”. Dette ble imidlertid ikke ansett tilstrekkelig alene, under henvisning til at han kunne fortsette behandlingen ved soning. Alvorlighetsgraden til de straffbare forholdene tilsa også at det ut i fra allmennpreventive hensyn burde reageres med ubetinget fengsel. På grunn av hans kones avhengighetsforhold til ham og at ”en slik påkjenning for hans kone vil skape sterk frustrasjon hos ham selv ved ikke å kunne hjelpe, noe som kan bidra til at han ikke makter å gjennomføre LAR-behandlingen i soningstiden”, ble det allikevel idømt samfunnsstraff. Faren for at et soningsopphold kunne forringe rehabiliteringen sammenholdt med konens avhengighetsforhold til domfelte, ser derfor ut til å ha vært utslagsgivende.

4.3.2 Betydningen av «sprekk» i rusfriheten

Når rusavhengige prøver å kutte ut sitt rusmisbruk, kan det ofte forekomme et tilbakefall der de vender tilbake til rusmisbruk og kriminell aktivitet. Hvilken betydning en slik sprekk vil ha ved vurderingen av rehabiliteringssituasjonen, ble behandlet av Høyesterett i en avgjørelse inntatt i Rt. 1999 s. 386. Her hadde domfelte forut for herredsrettens domsavsigelse søkt seg inn på et rehabiliteringssenter for rusavhengige og ble tatt inn her samme dag som dommen falt. Han forlot imidlertid senteret etter snaue to måneder og vendte tilbake til en tilværelse

preget av narkotikamisbruk og vinningskriminalitet. Etter å ha blitt fengslet for nye forhold søkte han seg inn på senteret på nytt og ved Høyesteretts avgjørelse hadde domfelte oppholdt seg der i ti måneder. Uttalelsene fra lederen av senteret om hans utvikling var positive. På denne bakgrunn uttalte førstvoterende at det ”kan i dag ikke legges vekt på at han ikke klarte å gjennomføre behandlingsopplegget ved første forsøk”. Dette utdypes med at det er ”for nar-komane forbundet med store påkjenninger og anstrengelser å tilpasse seg et rusfritt behandlingsregime. Svært mange vil sprekke i sine første forsøk”. Når domfelte ”gjennom lengre tid har vist seg i stand til å bedre sine utsikter med sikte på å bygge opp ressurser for å mestre et liv uten rusmidler, må reaksjonen fastsettes slik at utsiktene ikke forverres”. Det legges altså avgjørende vekt på domfeltes framtidsutsikter slik at et enkeltstående tilbakefall ikke alene kan diskvalifisere rehabiliteringssituasjonen.

Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1999 s. 1471 var også innom betydningen av sprekk i rusfriheten. Her ble det uttalt at når domfeltes liv i årevis har vært preget av narkotikamisbruk og vinningskriminalitet ”kan det ikke uten videre utelukke betinget dom at domfelte i en periode har falt ut av en rehabiliteringssituasjon og tilbake til misbruk og vinningskriminalitet”. Dette kan forstås som at det ikke er noen automatikk i at en sprekk diskvalifiserer en rehabiliteringssituasjon. Førstvoterende viser også til den overnevnte avgjørelsen inntatt i Rt. 1999 s. 386, og uttaler at det avgjørende er om ”det er etablert en endret situasjon der domfelte gjennom sin atferd virkelig har vist seg i stand til å bedre sine utsikter med sikte på å bygge opp et liv uten rusmidler”. Det må altså foretas en helhetlig vurdering av tiltaltes framtidsutsikter på domstidspunktet.

4.4 Brudd med kriminelle miljøer

Dersom tiltalte i tiden etter den straffbare handlingen har distansert seg fra det kriminelle miljøet han eller hun var tilknyttet, vil dette ifølge rettspraksis være en indikator på en positiv utvikling. Som nevnt ovenfor ble domfeltes brudd med det kriminelle miljøet vektlagt ved vurderingen av rehabiliteringssituasjonen i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1995 s. 1347. Det ble fremhevet at domfelte på tiden de straffbare handlinger ble begått hadde ”tilknytning til et belastet miljø på hjemstedet, preget av alkohol- og stoffmisbruk” og at han i den etterfølgende tiden har ”gjort betydelige anstrengelser for å bryte med og distansere seg fra dette miljøet”. Hans vilje til å bryte med dette miljøet ser ut til å ha tegnet et positivt bilde av hans framtidsutsikter sett i sammenheng med momentene nevnt ovenfor.

Motsetningsvis kan det vises til Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2013 s. 636, der en tidligere straffet mann ikke fikk medhold i sin anke over straffeutmålingen for å oppnå samfunnsstraff. Saken gjaldt grov narkotikaforbrytelse og domfelte påberopte at det forelå en rehabiliteringssituasjon. Som begrunnelse for at det ikke forelå en tilstrekkelig kvalifisert rehabilite-

ringssituasjon ble det uttalt at domfelte ”ikke har fulgt opp skolegangen som forutsatt etter at han ble løslatt, at han fremdeles røyker cannabis, og at han ikke har brutt med sitt tidligere miljø”. Her blir altså domfeltes fortsatte tilknytning til et belastet miljø ansett som ett av flere diskvalifiserende momenter.

4.5 Avståelse fra kriminell aktivitet

Dersom det blir begått nye straffbare handlinger etter det gjeldende straffbare forholdet, vil dette kunne være diskvalifiserende for rehabiliteringssituasjonen. Dette fremgår av en høyesterettsavgjørelse inntatt i Rt. 2003 s. 1153, hvor domfelte var siktet for en rekke nye straffbare forhold hvorav flere var erkjent. Det ble her uttalt at de nye straffbare forholdene ”særlig taler mot at det kan sies å foreligge rehabilitering av betydning”. Et av hovedformålene med vektleggingen av rehabiliteringshensynet er nettopp å minimere gjentakelsesrisiko, så når domfelte begår nye straffbare handlinger er det naturlig at dette blir ansett som et diskvalifiserende moment. Ved helhetsvurderingen retten foretar blir det ofte nevnt dersom det ikke er begått nye straffbare forhold.⁵⁴ Den omstendighet at det nevnes kan tilsi at det har positiv innvirkning på helhetsvurderingen.

4.6 Arbeid og utdanning

Hvis tiltalte kan vise til at han for tiden er i arbeid eller går på skole vil dette kunne slå positivt ut i helhetsvurderingen. En tidligere straffet mann fikk ved høyesterettsdom inntatt i Rt. 1999 s. 743 gjort sin straff delvis betinget slik at det resterende var utholdt ved varetekt av hensyn til hans rehabiliteringssituasjon. Han var i lagmannsretten idømt fengsel i ett år og tre måneder for tyverier, simpel narkotikaforbrytelse og dokumentfalsk. Høyesterett la blant annet vekt på at domfelte hadde ”kontinuerlig vært i arbeid som tømrer, nå i fast stilling” siden 30. mars 1998, altså om lag ett år og to måneder før avgjørelsen i Høyesterett. Videre ble det vektlagt at domfelte ikke hadde vært involvert i nye straffbare handlinger og at han hadde en stabil familiesituasjon med et felles barn som var syv måneder gammelt på avgjørelsestidspunktet. Samlet ble dette vurdert som ”solide indikasjoner på at A er inne i en positiv utvikling, som det vil være meget uheldig å rive opp”.

Et annet eksempel der arbeid og utdanning blir fremhevet gir Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2009 s. 290. Domfeltes anke over straffutmålingen for grov narkotikaforbrytelse førte frem og hun fikk omgjort sin ubetingete fengselsstraff til samfunnsstraff. Hun hadde siden januar 2008 fulgt et opplegg i forbindelse med yrkesrettet attføring, med 50 % skole og 50 %

⁵⁴ Rt. 1992 s. 769, Rt. 1993 s. 924, Rt. 2005 s. 1574 (15).

arbeid, med sikte på å bli helsefagsarbeider innen oktober 2009. Om dette ble det, i nærhet av konklusjonen, uttalt at hun er ”i ferd med å gjennomføre en yrkesutdanning som gir henne et inntektsgrunnlag”. Det ble også lagt vekt på at hun som tidligere rusmisbruker ikke hadde brukt narkotika på to og et halvt år, samt at det var medgått lang saksbehandlingstid. Uttalelsen om inntektsgrunnlag kan ses i sammenheng med at domfelte ble dømt for videresalg av narkotika. Samtidig kan det å inneha et inntektsgrunnlag være en indikator på en stabil livssituasjon.

Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2002 s. 742 illustrerer ytterligere at utdanning blir vektlagt som moment. Domfelte, som på gjerningstiden var 15 år, fikk medhold i sin anke over straffeutmålingen for legemsbeskadigelse med farlig redskap, og oppnådde samfunnstjeneste i stedet for ubetinget fengselsstraff. En uttalelse om domfelte fra stiftelsen Alternativ til Vold ble lagt til grunn og følgende ble fremhevet: ”Han har tatt skolegangen alvorlig, har klart seg tilfredsstillende og skal ut i lærlingepraksis til høsten”. Det ble også lagt vekt på at han hadde fulgt et behandlingsopplegg rettet mot vold, brutt med det kriminelle miljøet, ikke begått ny kriminalitet og at han arbeidet hver lørdag og søndag. Selv om det ikke ble direkte uttalt, vil domfeltes lave alder også være av betydning jf. strl. § 55. Skolegangen var her ett av flere momenter som samlet ga indikasjon om at domfelte var inne i en positiv utvikling med gode framtidsutsikter.

4.7 Ordnete familieforhold

Dette momentet synes å bli tatt til inntekt for en stabil livssituasjon og trekker således i positiv retning. Høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 1999 s. 743 som ble nevnt ovenfor, trakk inn domfeltes stabile familiesituasjon som et moment ved helhetsvurderingen. Det ble uttalt at domfelte ”har en stabil familiesituasjon, han og hans kone fikk et barn 28. oktober 1998 og de er flyttet inn i nytt hus som familien har bygget”. Dette ble i kombinasjon med andre momenter ansett som ”solide indikasjoner på at A er inne i en positiv utvikling”. Familiesituasjonen ser altså ut til å være et av flere momenter som indikerte at domfelte nå var i en livssituasjon med gode framtidsutsikter.

Soning kan også medføre konsekvenser for domfeltes familie, spesielt for barn eller andre som har et avhengighetsforhold til vedkommende. Dette faller imidlertid utenfor vurderingen av rehabiliteringssituasjonen. Det er allikevel betraktet som en selvstendig formildende omstendighet i spesielle tilfeller.⁵⁵

⁵⁵ Rt. 1991 s. 510, Rt. 1995 s. 521.

Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2005 s. 1070 er et eksempel på at både domfeltes ordnede familieforhold og konsekvensene for domfeltes sønn blir tatt hensyn til. Saken gjaldt grov narkotikaforbrytelse og domfelte fikk sin straff omgjort til samfunnsstraff. Førstvoterende fremholdt at hensynet til domfeltes sønn må veie tungt da ”Gutten fikk store problemer da han forrige gang var atskilt fra faren, han er fortsatt svært utrygg og sårbar, og kontakten med faren er svært viktig for ham”. Samtidig ble det lagt vekt på at domfelte ”har klart å etablere en stabil tilværelse, og at han har gjennomgått en svært positiv personlig utvikling, slik at han nå er en god omsorgsperson for sønnen”. Det ser altså ut til at domfeltes ordnede familieforhold er med på å begrunne hans rehabiliteringssituasjon samtidig som det gjør at hensynet til sønnen blir styrket. Domfeltes uforbeholdne tilståelse og en noe lang saksbehandlingstid ble også trukket inn som momenter for å idømme samfunnsstraff.

4.8 Ordnet økonomi

Hvorvidt tiltalte kan vise til en stabil og ordnet økonomi kan få betydning for vurderingen. Som nevnt ovenfor i tilknytning til Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1994 s. 900, ble det faktum at domfelte hadde fått orden på sin økonomi tillagt vekt i positiv retning. Hans alkoholproblemer hadde ført ham opp i økonomiske vansker som kunne ses som en medvirkende årsak til at han begikk de straffbare forholdene. Når han da kunne vise til både alkoholfrihet og ordnet økonomi, kan det se ut som at Høyesterett vurderte hans tilbakefallsrisiko som lave dersom han fikk fortsette sin positive utvikling uten å måtte sone en ubetinget fengselsstraff.

En annen høyesterettsavgjørelse inntatt i Rt. 2000 s. 1335 illustrerer ytterligere den sammenheng som blir gitt mellom domfeltes økonomi og hans straffbare virksomhet. Saken gjaldt straffeutmåling for en rekke forhold, der det alvorligste var grov narkotikaforbrytelse. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at den straffbare virksomheten skyldtes at domfelte ”mistet taket på sitt liv som følge av en fortvilet økonomisk situasjon som han ikke så noen vei ut av”. At domfelte i den etterfølgende tiden hadde ”ordnet opp med sine kreditorer og kommet til en ordning når det gjelder sine bidragsforpliktelser” ble dermed ett av flere momenter som lagmannsretten mente indikerte at han hadde ”tatt hånd om sin livssituasjon på en bemerkelsesverdige måte”. Høyesterett tilføyde at det ”positive forløp lagmannsretten beskriver, har fortsatt etter at dommen ble avsagt”, noe som kan indikere at lagmannsrettens vurdering tilsluttes. Det ble også lagt vekt på at domfelte hadde sluttet med narkotika og fått seg arbeid. Den betingete delen av straffen ble utvidet slik at den resterende ubetingete del var utholdt ved varetekt. Det kommer tydelig frem at de økonomiske problemene her ble ansett som en motiverende faktor for domfeltes kriminelle aktivitet. Når han da hadde vist evne og vilje til å få orden på sine økonomiske forpliktelser, ble dette et viktig moment for at det forelå en rehabiliteringssituasjon.

4.9 Konsekvensene av et soningsopphold

Hvorvidt et soningsopphold vil kunne hindre eller forringe rehabiliteringen inngår ofte i helhetsvurderingen som foretas. Et eksempel på et tilfelle der soning ikke ble ansett å forhindre rehabiliteringen fremgår i Rt. 2013 s. 633. Her hadde domfelte brutt med rusmiljøet og kuttet ut rusmisbruket ved hjelp av blant annet foreldrene. Det var imidlertid snakk om en kortvarig periode med misbruk og han hadde hele tiden vært i arbeid. Arbeidsgiver hadde videre gitt garanti om at domfelte kunne fortsette i arbeidet etter endt soning. Førstvoterende konkluderer med at det er ”tvilsamt at det her kan seiast å vere tale om rehabilitering i den meinung dette er gitt i praksis om samfunnsstraff. A er ikkje under noko omstende i ein situasjon der soning av straff i fengsel vil øydeleggje den utviklinga som har vore”. Tre momenter ser her ut til å tale for at et soningsforhold ikke ville forringe rehabiliteringssituasjonen: Misbrukets korte varighet, avrusning uten bistand fra et hjelpeapparat og arbeidsgivers jobbgaranti. Hvis han hadde vært nødt til å avbryte et behandlingsopplegg eller gå glipp av en jobbmulighet kan det tenkes at resultatet ville vært annerledes. Dette kan indikere at oppfølging i forbindelse med avrusning kan være med på å kvalifisere rehabiliteringssituasjonen.

En høyesterettsavgjørelse inntatt i Rt. 2009 s. 294 kan tjene som et godt eksempel på vurderingen av konsekvensene ved soning. Under henvisning til at det forelå en reell og lovende rehabiliteringssituasjon, ble domfelte idømt samfunnsstraff for grov narkotikaforbrytelse. Faktumet som her ble lagt til grunn, var at domfelte etter varetektsoppholdet avtalte med Sosialmedisinsk senter at han skulle levere urinprøver på stikkprøvebasis. Ordningen ble fulgt opp. Videre hadde han blitt tatt inn på tiltak med bistand fra NAV og senere fått jobb i bedriften. Han fikk meget gode skussmål av arbeidsgiver. Videre hadde han på ny tatt førerkortet, fått orden på sin økonomi, gjenopprettet kontakt med barn og familie og hadde ellers gode boforhold. Det må kunne legges til grunn at alle momentene som her ble nevnt har inngått i vurderingen av om det foreligger en kvalifisert rehabiliteringssituasjon, og det i positiv retning. Når det gjelder konsekvensene av soning uttaler førstvoterende at da ”må det foretas en konkret vurdering av en eventuell fengselsstraffs betydning for rehabiliteringen”. Domfelte hadde vært rusfri i over to år og fulgte ikke lenger et rehabiliteringsopplegg som ville måtte avbrytes ved soning. Likevel ble det vurdert dithen at ”han fremdeles er i en utsatt og sårbar situasjon, og at innsettelse i fengsel nå, vel to år etter at de straffbare handlingene ble begått, vil kunne virke ødeleggende på den positive prosessen han er inne i”. Her kommer igjen faren for å forringe rehabiliteringen og således øke gjentakelsesrisikoen inn som et vesentlig moment. Det ble her ansett mer forsvarlig av individualpreventive grunner å la domfelte få fortsette sin positive utvikling utenfor murene.

4.10 Helhetlig vurdering av tiltaltes framtidsutsikter

Vi ser altså at momentet som oftest går igjen er rehabilitering for rusmisbruk. Det er tilsynelatende fordelaktig om tiltalte har fulgt eller følger et rehabiliteringsopplegg i regi av et hjelpeapparat, selv om dette ikke er avgjørende. Det er for det første fordi soning kan medføre et avbrudd av rehabiliteringsopplegget og dermed være ødeleggende for utviklingen. For det andre vil det foreligge objektiv dokumentasjon på rusfriheten.

Rehabilitering for rusmisbruk er imidlertid ikke en nødvendig betingelse. Dersom tiltalte er rusmisbruker vil riktig nok fortsatt bruk tale imot rehabilitering, men dersom tiltalte ikke har en historikk med rusmisbruk vil det kunne påberopes andre former for rehabilitering. Det ble uttalt i en Høyesterettsavgjørelse inntatt i Rt. 2007 s. 1274 at ”Selv om en rehabilitering ofte vil være avhengig av profesjonell behandling og eksterne hjelpetiltak, må det avgjørende være en vurdering av vedkommendes livssituasjon i tiden forut for de straffbare handlingene sammenholdt med utviklingen og situasjonen på domstidspunktet”. Som gjennomgangen ovenfor har vist har de domfelte hatt faktorer i sine liv som kan sies å ha bidratt til deres kriminelle aktivitet. Dersom det kan påvises at disse faktorene har blitt nøytralisert eller bedret vil dette igjen kunne indikere rehabilitering.

Det legges altså opp til en framtidsrettet helhetsvurdering av tiltaltes rehabiliteringspotensiale. De overnevnte momentene er mest fremtredende i rettspraksis men det legges opp til en konkret vurdering i den enkelte sak, slik at ulike momenter kan gjøre seg gjeldende. Det foretas en sammenligning mellom livssituasjonen når de straffbare handlingene ble begått og livssituasjonen på tidspunktet for domfellelse.

5 Rehabiliteringshensynets vekt i konkurranse med andre straffeutmålingsmomenter

5.1 Individualprevensjon mot allmennprevensjon

Som nevnt under punkt 2.3.1, vil straffeutmålingsmomenter med individualpreventiv begrunnelse gjerne trekke i formildende retning mens straffeutmålingsmomenter med allmennpreventiv begrunnelse ofte vil tale for en skjerpelse av straffen. Det oppstår derfor situasjoner der de ulike momentene trekker i hver sin retning. Hvilken vekt de ulike momentene tillegges kan få betydning for både valg av reaksjon og for omfanget av straffen.

Basert på gjennomgangen av rettspraksis, ser det ut til at rehabiliteringshensynet hovedsakelig har betydning for valg av reaksjon. Det er allikevel kommet uttalelser fra Høyesterett som indikerer at vektlegging av hensynet også vil kunne medføre reduksjon av en ubetinget fengselsstraff.⁵⁶ Utgangspunktet ved enhver straffeutmåling er som nevnt handlingens objektive grovhet og gjerningsmannens subjektive skyld. Denne vurderingen vil gi en indikator på hvilken type reaksjonsform og hvilket omfang av denne som er berettiget. De ulike reaksjonsformene vil således ha et nedslagsfelt mot ulike forbrytelseskategorier.

Dersom rehabiliteringshensynet blir tillagt vekt vil dette kunne gi seg utslag på en rekke forskjellige måter. Det mest typiske vil være at det gis samfunnsstraff eller betinget fengsel i stedet for ubetinget fengsel. Det kan også tenkes at det gis betinget fengsel i stedet for samfunnsstraff. Dersom det ikke er rom for å velge en mildere straffart, kan det også bli tale om en nedjustering av omfanget for den aktuelle reaksjonsform. Hvilken vekt allmennpreventive og individualpreventive hensyn tillegges varierer ut i fra hvilken forbrytelseskategori som er aktuell. Derfor er det hensiktsmessig å undersøke rehabiliteringshensynets vekt i ulike forbrytelseskategorier. Fokuset vil i det følgende ligge på narkotikaforbrytelser, ruspåvirket kjøring, formuesforbrytelser og voldsforbrytelser. Dette som følge av at det er i disse kategoriene rehabiliteringshensynet oftest blir påberopt og vektlagt.

5.2 Narkotikaforbrytelser

For narkotikaforbrytelse kan den som ”tilvirker, innfører, utfører, erverver, oppbevarer, sender eller overdrar stoff som [...] er ansett som narkotika” straffes med ” bøter eller med fengsel inntil 2 år” jf. strl. § 162 første ledd. Strafferammen øker til ti år dersom overtredelsen anses som grov og det avgjørende er da ”hva slags stoff den gjelder, kvantumet og overtredel-

⁵⁶ Rt. 2009 s. 294 (24), Rt. 2011 s. 695 (27).

sens karakter” jf. strl. § 162 andre ledd. Etter strl. § 162 tredje ledd utvides strafferammen til fenten år ved ”meget betydelig kvantum” og til 21 år under ”særdeles skjerpene omstendigheter”. Begrunnelsen for kriminalisering av narkotika er ifølge forarbeidene til den nye straffeloven først og fremst den helsefaren disse stoffene medfører.⁵⁷ Straffverdigheten øker altså i takt med faregraden overtredelsen representerer. For rusmisbrukere som hovedsakelig er dømt for narkotikarelatert kriminalitet, kan det for de som er bosatt i prøvekommunene som nevnt være anledning til å idømme betinget fengsel med vilkår om narkotikaprogram med domstolskontroll.

5.2.1 Betinget fengsel ved narkotikaforbrytelser

Ved Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1995 s. 1898, fikk en tidligere straffet mann gjort sin straff betinget der saken blant annet gjaldt narkotikaovertridelser. Han var i tingretten idømt syv måneder ubetinget fengsel men førstvoterende fant det ”forsvarlig under henvisning til den rehabilitering som er på gang å gjøre hele straffen betinget”. Grunnlaget for rehabiliteringssituasjonen var at domfelte hadde lagt seg inn på et kursted hvor det også var satt i gang attføringstiltak med sikte på skolegang. Da det ikke meldte seg andre formildende omstendigheter må rehabiliteringssituasjonen ha hatt betydelig vekt ved straffeutmålingen. Narkotikaen var imidlertid utelukkende kjøpt til eget bruk, noe som etter høyesterettspraksis reduserer straffverdigheten.⁵⁸ Dette må det allikevel antas at tingretten tok i betraktning ved sin straffeutmåling.

5.2.1.1 *Vilkår om narkotikaprogram med domstolskontroll*

Høyesterett behandlet i sin avgjørelse inntatt i Rt. 2008 s. 1495 en straffeutmålingsanke fra påtalemyndigheten. Domfelte var i lagmannsretten idømt en fengselsstraff på fire år, hvorav ett år og seks måneder var gjort betinget på det særlige vilkår at domfelte deltok i narkotikaprogram med domstolskontroll. Domfelte var funnet skyldig i kjøp av 3 kilo hasjisj og 3 kilo amfetamin, oppbevaring av 3,6 kilo hasjisj og 1,4 kilo amfetamin, samt salg av 1,3 kilo amfetamin. Hensett til at domfelte hadde en sentral rolle, at det gjaldt et betydelig kvantum og at han tidligere var straffet 19 ganger, tiltrådte Høyesterett lagmannsrettens straffeutmåling på fire års fengsel. Etter en nærmere teoretisk gjennomgang av ordningen med narkotikaprogram med domstolskontroll ble domfeltes egnethet vurdert. Det ble lagt vekt på at det var tett forbindelse mellom kriminaliteten og narkotikamisbruket, at domfelte var funnet egnet i personundersøkelse og at umiddelbar bevisførsel for lagmannsretten viste at det var reelle mulighe-

⁵⁷ NOU 2002: 4 punkt 9.11.1.

⁵⁸ Rt. 2005 s. 38 (21).

ter for utbytte. Domfelte hadde videre sagt seg villig til å gjennomføre programmet. Førstvoterende uttalte at det ikke var aktuelt å gi fullt ut betinget dom men at «de allmennpreventive hensyn er ikke avgjørende til hinder for en deldom». Resultatet ble dermed at den betingete del på ett år og seks måneder ble stående. At tre åttedeler av straffen ble gjort betinget er en betydelig straffenedsettelse. Selv om dette ikke bygger på det ulovfestede straffeutmålingsmomentet illustrerer det allikevel hvor stor vekt rehabiliteringssynspunkter har i straffeutmålingen.

5.2.2 Samfunnsstraff ved alvorlige narkotikaforbrytelser

Ved grove narkotikaforbrytelser er det fra Høyesterett uttalt at de allmennpreventive hensyn veier tungt.⁵⁹ Utgangspunktet vil derfor ofte være en ubetinget fengselsstraff som derav synliggjør at slike overtredelser blir slått hardt ned på.

Den tidligere nevnte høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 2009 s. 290, viser rehabiliteringshensynets vekt ved grove narkotikaforbrytelser. Domfelte var her funnet skyldig i kjøp av henholdsvis 15 og 48 gram heroin, hovedsakelig ment for videresalg. Det ble her uttalt at det i praksis har blitt oppstilt som vilkår for å idømme samfunnsstraff for grove narkotikaforbrytelser at ”det foreligger klare og sterke rehabiliteringshensyn eller andre særlig tungtveiende grunner”. Her har altså Høyesterett formulert en rettssetning for når det er anledning til å idømme samfunnsstraff for denne gruppen forbrytelser. Tilsvarende formulering er gjengitt i en rekke dommer og må derfor anses som etablert praksis.⁶⁰ Førstvoterende kom her under tvil til at det forelå ”tilstrekkelig klare og sterke rehabiliteringshensyn til at det kan idømmes samfunnsstraff i stedet for fengsel”. Utover rehabiliteringssituasjonen ble det også fremhevet at det var gått to og et halvt år siden de straffbare handlingene fant sted. Avslutningsvis ble det uttalt at ”særlig kombinasjonen av rehabilitering og lang saksbehandlingstid medfører at det vil være uheldig om A nå skulle være nødt til å sone en fengselsstraff”. Noen nærmere drøftelse av saksbehandlingstiden fremgår ikke. Det var altså en kombinasjon av rehabiliteringshensyn og lang saksbehandlingstid som samlet ga grunnlag for idømmelse av samfunnsstraff. Siden rehabiliteringssituasjonen ble viet størst oppmerksomhet i drøftelsen kan dette indikere at dette momentet hadde størst betydning og at saksbehandlingstiden har mer preg av å være et støttemoment. Omfanget av samfunnsstraffen ble satt til lovens maksimum, noe som indikerer at forholdet lå i grenseland mellom ubetinget fengsel og samfunnsstraff.

⁵⁹ Rt. 2005 s. 343 (16).

⁶⁰ Rt. 2005 s. 1312, Rt. 2007 s. 950, Rt. 2011 s. 695.

Høyesterett gikk enda lengre i en av avgjørelse inntatt i Rt. 2009 s. 294 (Dissens 4-1), som ble fattet senere samme dag. Tiltalens alvorligste punkt var her kjøp av 90 gram heroin, hovedsakelig ment for videresalg. Dette innebærer om lag femti prosent større kvantum enn forholdet i Rt. 2009 s. 290. Førstvoterende var enig i tingrettens og lagmannsrettens vurdering av at straffnivået for denne type overtredelse ville vært tre års fengsel med seks måneders fradrag for tilståelse under hovedforhandling. Det uttales videre at hensynet til «allmennprevensjon må veie tungt når det dreier seg befatning med 90 gram heroin». Allikevel ble det av hensyn til den reelle og lovende rehabiliteringssituasjonen ansett tilstrekkelig å idømme samfunnsstraff, med tillegg av en kortere ubetinget fengselsstraff som var utholdt ved varetektsfengsling. Førstvoterende uttalte, riktig nok under tvil, at «hensynet til straffens formål ikke taler mot at det i et tilfelle som dette, anvendes samfunnsstraff». Den dissenterende dommeren mente, i tråd med tingrettens utmåling, at forholdets straffverdighet tilsa en fengselsstraff på to år og seks måneder hvorav ni måneder ble gjort betinget. Dissensen og at det ble utmålt en tilleggsstraff på 30 dager ubetinget fengsel viser at avgjørelsen ligger i det ytterste grenseland for samfunnsstraffens nedslagsfelt. Avgjørelsen illustrerer allikevel hvor stor vekt rehabiliteringshensynet tillegges i denne type saker.

Et siste eksempel på en grov narkotikaforbrytelse hvor det ble idømt samfunnsstraff gir Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2011 s. 695. Saken gjaldt oppbevaring av om lag to kilo amfetamin, som med hensyn til domfeltes tilståelse og underordnede rolle, i utgangspunktet tilsa en fengselsstraff på rundt to år og ti måneder. Under vurderingen av hvorvidt samfunnsstraff kunne idømmes uttalte førstvoterende at det «betydelige kvantumet taler i utgangspunktet med styrke for en ubetinget fengselsstraff». Kvantumet øker altså handlingens objektive grovhet og de allmennpreventive hensyn kommer derfor i større grad inn. Førstvoterende viser så til Rt. 2009 s. 290 og Rt. 2009 s. 294 for å synliggjøre at det har blitt idømt samfunnsstraff i saker hvor den alternative fengselsstraffen ville blitt tilsvarende som i nærværende sak. Dette kan ses som et utslag av likhetsprinsippet. Som begrunnelse for å idømme samfunnsstraff i denne saken, ble det lagt vekt på domfeltes rehabilitering i kombinasjon med at det var hennes første domfellelse og at hun hadde en underordnet rolle i forhold til hovedmennene. Rehabiliteringen besto hovedsakelig i rusfrihet med bistand fra et behandlingssenter. Førstvoterende var «under en viss tvil», noe som kan forklare hvorfor de øvrige hensynene blir fremhevet. Den underordnede rollen blir imidlertid brukt som formildende omstendighet ved angivelse av en eventuell fengselsstraff, noe som indikerer at det er rehabiliteringssituasjonen som er utslagsgivende for idømmelse av samfunnsstraff. At det var hennes første domfellelse er som utgangspunkt et nøytralt moment, da det heller blir gitt straffeskjerpelse ved gjentakelse jf. strl. § 61 mens straffenedsettelse i motsatt fall som utgangspunkt ikke er aktuelt. Momentet kan således ikke ha hatt stor betydning. Dermed ser rehabiliteringsmomentet ut til å ha hatt nærmest enerådende og i alle fall utslagsgivende vekt ved avgjørelsen om å idømme samfunnsstraff. Avgjørelsen viser også at Høyesterett vektlegger rehabiliteringshensynet ovenfor

første gangs lovovertrедere og modifiserer således innhugget i likhetsprinsippet som ble drøftet i punkt 2.3.2.1.

Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2011 s. 1155 gir et eksempel på et tilfelle der de allmennpreventive hensynene ble avgjørende. Sakens alvorligste punkt var oppbevaring av 15,3 kg hasj, som ble subsumert under strl. § 162 andre ledd. Medregnet tilståelsesrabatt lå straffnivået på to år og fire måneder fengsel. Domfeltes positive utvikling ble ikke funnet tilstrekkelig til å idømme samfunnsstraff. Førstvoterende uttalte at de «allmennpreventive hensyn som begrunner den klare hovedregel som her gjelder, må etter mitt syn være avgjørende også i denne saken». Den klare hovedregelen det refereres til er ubetinget fengsel for grov narkotikaforbrytelse. Ni måneder av fengselsstraffen ble imidlertid gjort betinget av hensyn til domfeltes situasjon. Straffenivået er her tilsvarende de tidligere nevnte avgjørelsene, slik at det i utgangspunktet kunne vært anledning til å idømme samfunnsstraff. Årsaken til at det slo annerledes ut her ser derfor i hovedsak ut til å bygge på at rehabiliteringssituasjonen ble ansett som mindre kvalifisert enn i de foregående dommene. Det ble for eksempel vist til at domfeltes endring av livsførsel skjedde 3-4 år før det straffbare forholdet og at han ikke var i en slik sårbar situasjon som var tilfellet i Rt. 2009 s. 294 og Rt. 2011 s. 695. Dette synliggjør altså at rehabiliteringshensynets vekt varierer i forhold til hvor kvalifisert rehabiliteringssituasjonen anses å være.

5.3 Ruspåvirket kjøring

For alvorlige trafikkforseelser er det etter veitrafikkloven § 31 anledning til å idømme ubetinget fengselsstraff. Dette er særlig aktuelt ved promillekjøring eller kjøring i narkotikarus som er forbudt etter lovens § 22. Den som har en promille mellom 0.5 og 1.2 ”straffes som regel [...] med bot og betinget eller ubetinget fengsel” jf. vtrl. § 31 andre ledd bokstav b mens ved promille over 1.2 er straffen som regel ”bot og ubetinget fengsel” jf. vtrl. § 31 andre ledd bokstav c. For narkotiske stoffer er det i forskrift satt nærmere angitte verdier som samsvarer med disse grensene.⁶¹

Som følge av at det nå er anledning til å idømme betinget fengsel med vilkår om program mot ruspåvirket kjøring, vil denne reaksjonsformen fremstå som mest nærliggende hensett til rehabiliteringssynspunkter. Det kan allikevel være interessant å sammenligne avgjørelser fra før og etter innføringen, for å undersøke om lovendringen har medført endringer i straffeutmålingspraksis.

⁶¹ Forskrift om faste grenser for påvirkning av andre berusende eller bedøvende middel enn alkohol m.m. med hjemmel i vtrl. § 22 sjettem ledd.

5.3.1 Samfunnsstraff

Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1993 s. 1381 (Dissens 3-2) ble fattet før innføringen av promilleprogrammet. Påtalemyndighetens anke over straffeutmålingen for blant annet promillekjøring ble ikke tatt til følge. Domfelte hadde hatt en promille på 1.35, unnlatt å stoppe for politiet og utført noe skadeverk etter kjøringen. Selv om forholdene hadde «graverende trekk» ble det av hensyn til «domfeltes personlige og sosiale forhold» ansett «berettiget å gi domfelte den sjanse som ligger i at han spares for nytt møte med fengselsmiljøet og pålegges å utføre samfunnstjeneste». Selv om rehabiliteringssituasjon ikke ble eksplisitt nevnt, ble mange av de tilsvarende momenter nevnt i tilknytning domfeltes personlige og sosiale forhold. Dermed kan det legges til grunn at rehabiliteringshensynet hadde utslagsgivende betydning ved valg av reaksjon. At to dissenterende dommere ikke fant grunnlag for å fravike utgangspunktet om ubetinget fengsel viser imidlertid at avgjørelsen ligger i grenseland for samfunnsstraff.

5.3.2 Betinget fengselsstraff

Høyesterett behandlet i en avgjørelse inntatt i Rt. 1994 s. 710 en straffeutmålingsanke fra domfelte, der det straffbare forholdet var promillekjøring med en alkoholkonsentrasjon på 2,61 promille. Det blir nevnt i premissene at det var gode kjøreforhold og at promillekjøringen skjedde kun over en kortere strekning. Dette ser ikke ut til å ha vært avgjørende for vurderingen av betinget fengselsstraff, da førstvoterende like etter uttaler at «Som utgangspunkt skulle det ikke være aktuelt med betinget fengselsstraff». Domfelte hadde imidlertid gjennomgått en «bemerkelsesverdig rehabilitering» ved å delta på et behandlingsopplegg for alkoholmisbruk og gått tilbake til 50 % stilling som sykepleier. Førstvoterende mente det var fare for at en soning av fengselsstraff ville «ødelegge domfeltes fortsatte rehabilitering» og fant derfor grunnlag for å idømme betinget fengselsstraff. Det ble også vist til at «Høyesterett har i flere tilsvarende tilfelle gjort fengselsstraffen betinget». Dette viser at ikke bare her men også i tilsvarende saker, har Høyesterett tillagt rehabiliteringshensynet betydelig vekt ved vurderingen av betinget fengselsstraff.

5.3.2.1 Program mot ruspåvirket kjøring

Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2004 s. 161 gjelder en straffeutmålingsanke vedrørende promillekjøring. Dommen er fattet før lovendringen i 2007 men vilkårene for promilleprogram var tilsvarende som for program mot ruspåvirket kjøring og dommen har dermed overføringsverdi. Domfelte var tidligere domfelt for promillekjøring og var nå domfelt for å ha kjørt med 2.16 i promille. Det oppsto også en mindre trafikkulykke uten personskade under kjøringen. Overtredelsen befinner seg i det øvre sjikt hensett til promille og førstvoterende uttalte at den ville «i utgangspunktet føre til idømmelse av en ubetinget fengselsstraff». Etter

en nærmere gjennomgang av ordningen med promilleprogram fant førstvoterende at domfeltes situasjon tilfredstilte vilkårene for reaksjonsformen. Det ble lagt vekt på at domfelte erkjente sitt alkoholproblem, var motivert for programmet og at det heller ikke forelå holdpunkter for at han ikke ville gjennomføre det. Disse momentene ser også ut til å bygge på den positive konklusjonen som forelå i personundersøkelsen. Høyesteretts endring av straffeutmålingen medførte således en endring fra 90 dager ubetinget fengsel til tilsvarende betingete reaksjon med vilkår om promilleprogram. Det bemerkes at den anslåtte ubetingete fengselsstraffen i avgjørelsen nevnt ovenfor, inntatt i Rt. 1993 s. 1381, var på 45 dager og at det her var dissens vedrørende å idømme samfunnsstraff. Omgjøringen fra 90 dager ubetinget fengselsstraff til 90 dager betinget fengselsstraff, ser derfor ut til å markere en større vektlegging av rehabiliteringshensyn der domfelte er funnet egnet for promilleprogram.

Det foreligger foreløpig ikke høyesterettspraksis for vurderingen som ligger til grunn for å idømme programmet mot ruspåvirket kjøring som ble lovfestet i 2007. Hålogaland lagmannsretten behandlet imidlertid en straffeutmålingsanke publisert under tittelen LH-2011-84376, der domfelte begjærte betinget fengsel med særlig vilkår om program mot ruspåvirket kjøring. Domfelte var funnet skyldig i en rekke trafikkforseelser der promillekjøring med en alkoholkonsentrasjon på 2,14 promille var den alvorligste. Domfelte var i tingretten idømt førti dager ubetinget fengsel. Førstvoterende for lagmannsretten uttalte at den klare hovedregel er ubetinget fengsel og bot. Under henvisning til at domfelte hadde et problematisk forhold til alkohol og tidligere var domfelt for promillekjøring, samt at han var motivert for programmet og var funnet egnet i personundersøkelsen, fant lagmannsretten grunnlag for å gjøre fengselsstraffen betinget med vilkår om gjennomføring av program mot ruspåvirket kjøring. Dette viser at hensynet til domfeltes fremtidige rehabilitering ble gitt utslagsgivende vekt. Da det er tale om underrettspraksis har avgjørelsen begrenset vekt men den ser allikevel ut til å tegne et riktig bilde av gjeldende rett.

5.4 Formuesforbrytelser

5.4.1 Tyveri

Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1990 s. 679 gjaldt tyveri av 125 kilo dynamitt og en campingvogn. Forholdet ble subsumert under straffeloven § 258 som gjelder grovt tyveri og har en strafferamme på seks år. Angående dynamittyveriet uttalte førstvoterende at ”I utgangspunktet kvalifiserer dette forhold alene klart for en ubetinget fengselsstraff”. Dette under henvisning til at hensynet til den alminnelige lovlydighet tilsier at det reageres strengt mot tyveri av dynamitt. Det var videre skjerpende at de hadde kvittet seg med dynamitten på en uansvarlig måte, at tyveriet var planlagt og for øvrig det betydelige kvantumet. Her var det altså mange momenter som talte for en skjerpet og streng reaksjon. Under henvisning til at domfel-

te nå hadde et betydelig hjelpeapparat rundt seg og sin familie i regi av de lokale sosialmyndighetene, kom førstvoterende til at domfelte burde få den sjanse som lå i en betinget dom med vilkår om samfunnstjeneste. Domfeltes problemfylte oppvekst ble også nevnt men det ble uttalt at det var familiesituasjonen og innsatsen fra lokalmiljøet som veide tyngst. Den problemfylte oppveksten ser ut til å bli brukt som et bakteppe for å vise kontrasten til den mer stabile livssituasjonen domfelte nå var i. Denne avgjørelsen viser at domfeltes rehabiliteringssituasjon ble tillagt betydelig vekt i en sak der det meldte seg mange skjerpene omstendigheter.

Et annet eksempel gir Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1995 s. 1043, der domfelte var funnet skyldig i en rekke straffbare forhold hvorav det alvorligste var grovt tyveri jf. strl. § 258. Herredsretten hadde utmålt en ubetinget fengselsstraff på fem måneder og spørsmålet for Høyesterett var om domfelte var egnet for samfunnsstraff. Domfelte var «sterkt motivert for å komme i arbeid med sikte på å komme inn i en ordnet tilværelse, fri fra rusbruk og kriminalitet» og kriminalomsorgen i frihet hadde under meget sterk tvil kommet til at domfelte var egnet for samfunnstjeneste. Førstvoterende fant på denne bakgrunn, under atskillig tvil, grunnlag for å idømme samfunnsstraff. Tvilen ser ut til å bygge på den usikkerheten som fortsatt preget domfeltes livssituasjon. Det var med andre ord ikke snakk om en sterkt kvalifisert rehabiliteringssituasjon.

5.4.2 Forbrytelse i gjeldsforhold og kreditorbegunstigelse

En straffeutmålingsanke som ble behandlet av Høyesterett og inntatt i Rt. 2003 s. 1783 (Dissens 3-2), omhandlet kreditorbegunstigelse og påføring av tap for kreditorer ved ødsel leve-måte samt unnlatt skattetrekk. Handlingene ble karakterisert som "særdeles uansvarlige". Førstvoterende mente at straffenivået som tingretten hadde kommet frem til, fem måneders ubetinget fengsel, som utgangspunkt ikke lå for høyt for denne type handlinger. Allikevel fant flertallet grunnlag for å omgjøre straffen til samfunnsstraff på bakgrunn av en stabil rehabiliteringssituasjon. Domfelte hadde tatt tak i sitt alkoholproblem og fått seg fast arbeid. I relasjon til alkoholproblemet la førstvoterende til grunn at "det er dette som er hovedårsaken til hans uansvarlige livsførsel". Når domfelte dermed hadde fått bukt med sitt alkoholproblem kan det tolkes som om hans kriminelle potensiale var nøytralisert og at individualpreventive hensyn talte derfor med styrke for en mildere straffereaksjon. At to dommere tok dissens viser imidlertid at handlingenes straffverdighet som utgangspunkt kvalifiserer til ubetinget fengsel og at avgjørelsen ligger på vippepunktet for idømmelse av samfunnsstraff.

5.4.3 Ran

Påtalemyndighetens anke over straffeutmålingen i en straffesak der det alvorligste forholdet gjaldt forsøk på grovt ran, ble av Høyesterett forkastet i en avgjørelse inntatt i Rt. 2001 s. 143. Domfelte hadde sammen med en annen person forsøkt å rane sin farmor utstyrt med øks og hammer. Om dette ble det uttalt at det ”dreier seg om en alvorlig forbrytelse begått mot en eldre kvinne i hennes hjem” og at straffereaksjonen normalt ville være ”ubetinget fengsel av atskillig lengde”. Handlingens objektive grovhet var altså betydelig. Førstvoterende tiltrådte de tidligere instansers vurdering av at forholdene normalt ville kvalifisere til den subsidiære fengselsstraffen som var utmålt til ett år og fem måneder. Allikevel ble de individualpreventive hensyn utslagsgivende slik at domfelte kunne få den ”mulighet for en positiv utvikling som en dom på samfunnstjeneste innebærer”. Det forelå her en sterkt kvalifisert rehabiliteringssituasjon bestående av rusfrihet og deltakelse på attføringstiltak, som alene utkonkurrerte de øvrige skjerpende momentene.

5.5 Voldsforbrytelser

Ved lov 25. juni 2010 nr. 46 ble det foretatt straffeskjerpelser for drap, annen grov vold og seksuallovbrudd. Som følge av de utvidede strafferammer vil rettspraksis forutgående for lovendringen ha redusert vekt siden resultatene kan tenkes å bli noe annerledes etter gjeldende rett. Siden lovendringen er relativt fersk foreligger det begrenset med rettspraksis etter de nye strafferammene og det blir derfor nødvendig og anvende forutgående rettspraksis.

5.5.1 Legemsbeskadigelse

Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2006 s. 1447, gjaldt straffeutmålingen for en rekke forhold der det alvorligste var forsettlig legemsbeskadigelse subsumert under strl. § 229 andre straffalternativ. Strafferammen til andre straffalternativ i strl. § 229 ble ikke endret ved straffeskjerpelsen. Strafferammen for første og tredje straffalternativ ble derimot utvidet med henholdsvis ett og to år. Siden tilsvarende strafferamme ble lagt til grunn vil avgjørelsen fremdeles danne et riktig bilde av gjeldende rett. Domfelte hadde med en kjøttkniv, påført fornærmede et kutt i håndflatesiden av høyre pekefinger i forbindelse med en krangel. Det ble i tilknytning til denne overtredelsen uttalt at det ”er en klar hovedregel at forsettlig legemsbeskadigelse skal møtes med en ubetinget fengselsstraff, og at dom på samfunnsstraff krever ekstraordinære forhold”. Videre var det skjerpende at domfellelsen gjaldt en rekke andre straffbare forhold og at domfelte tidligere var straffet for voldshandlinger. Retten anså imidlertid domfelte, som nå var rusfri og i fast arbeid, for å være i en ”høyst reell rehabiliteringsfase” slik at dette ble ansett for å være et slikt ekstraordinært hensyn som medførte at samfunnsstraff var en adekvat reaksjon. Domfeltes vanskelige oppvekst var også med i vurderingen men dette mo-

mentet hadde ikke ”egentyngde til å begrunne samfunnsstraff”. Når momentet opptrer i kombinasjon med en rehabiliteringssituasjon ville det imidlertid ”ikke være uten betydning”. Dette viser at rehabiliteringshensynet motsetningsvis har den egentyngde som trengs og understreker således dets vekt.

5.5.2 Vold mot offentlig tjenestemann

Høyesterett behandlet i en avgjørelse inntatt i Rt. 2004 s. 1596 en straffeutmålingsanke der det var spørsmål om anvendelse av samfunnsstraff der domfelte var funnet skyldig i vold og trusler mot offentlig tjenestemann jf. strl. §§ 127 og 128. Overnevnte lovendring berørte ikke disse straffebudene slik at rettstilstanden er tilsvarende i dag. Førstvoterende innledet med å stadfeste at disse forhold «fører av allmennpreventive grunner til ubetinget fengsel med mindre det foreligger helt spesielle forhold». Med henvisning til Rt. 1986 s. 608 og Rt. 1992 s. 769 ble det således fremhevet at det har blitt anvendt samfunnstjeneste i tilsvarende forhold «under henvisning til at den domfelte var inne i en gunstig rehabiliteringsperiode». Domfelte hadde kort tid før de straffbare forholdene ble begått startet behandling på en psykiatrisk klinikk for sine underliggende psykiske lidelser. Hans behandlende lege uttalte at de underliggende psykiske lidelsene så ut til å utgjøre en sentral forklaring på hans rusmiddelbruk og korresponderende kriminalitet. Førstvoterende sluttet på dette grunnlag at «det er en ikke ubetydelig risiko for at soning av 60 dager fengsel vil kunne få uheldige konsekvenser for behandlingen». Det ble fremhevet at «domfelte nok kunne ha gjort mer for å redusere sine personlige problemer, ikke minst å avlevere urinprøver», men førstvoterende kom allikevel under tvil til at en omgjøring av en del av straffen til 60 timers samfunnsstraff ville være forsvarlig. De sterke allmennpreventive hensyn som gjorde seg gjeldende medførte imidlertid at det ble idømt en deldom på 30 dagers ubetinget fengsel. På bakgrunn av at rehabiliteringssituasjonen var noe spinkel i dette tilfelle, kan det tenkes at resultatet ville blitt annerledes om domfelte hadde gjort en større innsats for å bedre sin livssituasjon. Avgjørelsen viser allikevel at rehabiliteringshensynet har en tyngde som kan forsvare samfunnsstraff på et område som er særdeles preget av allmennpreventive hensyn.

5.5.3 Voldtekt

Når det gjelder seksualforbrytelser ser det ut til å foreligge lite rettspraksis vedrørende betydningen av tiltaltes rehabiliteringssituasjon som formildende omstendighet. Siden det ikke foreligger høyesterettspraksis som går detaljert inn i denne vurderingen, vil en avgjørelse fattet av Frostating lagmannsrett publisert under tittelen LF-2011-182202 tjene som eksempel. Underrettspraksis har imidlertid mindre vekt ved fastleggingen av gjeldende rett. Saken gjaldt straffeutmåling for en rekke forhold der voldtekt ved samleie var det alvorligste. Minstestrafen for voldtekt ved samleie ble hevet fra to til tre år ved overnevnte lovendring. Selv om

straffenivået for den aktuelle voldtekten ble anslått til fire års fengsel, kan det hende dette ville blitt høyere etter straffeskjerpelsen.

Om tiltaltes rehabiliteringssituasjon ble det uttalt at han «har endret livsførsel i betydelig grad, og at han nå har holdt seg unna rusmidler i snart halvannet år», samt at det ikke var begått nye straffbare handlinger. Det forelå således en klar rehabiliteringssituasjon. Førstvoterende uttalte at dette «må det ses hen til ved straffutmålingen». Allikevel var det uaktuelt å gjøre noe av straffen betinget da «voldtekten og familievolden er så grov at de allmennpreventive hensyn må tillegges vesentlig vekt, og tiltaltes personlige forhold og utvikling blir da av underordnet betydning». Det blir henvist til Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2003 s. 1561 for å underbygge denne uttalelsen. Her blir det kun bemerkt at siden domfelte uansett må sone en lengre fengselsstraff vil vekten av dette argumentet være begrenset. Det ble også vist til Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2003 s. 1248, hvor det blir uttalt at Høyesterett har utvist forsiktighet ved idømmelse av betinget deldom i voldtektssaker og at det bare vil gjøres unntak der helt spesielle omstendighet foreligger. Rehabiliteringshensynet ser altså ut til å ha begrenset betydning i voldtektssaker. Spesielt der overtredelsen er grov vil de allmennpreventive hensyn tre i forgrunnen og tillegges vesentlig vekt.

Det bemerkes at Borgarting lagmannsrett i en avgjørelse publisert under tittelen LB-2013-153713, også fant det uaktuelt å avgi betinget deldom i en voldtektssak på grunn av sterke allmennpreventive hensyn. Her ble det imidlertid uttalt at rehabiliteringssituasjonen, som besto i behandling for alkoholmisbruk på institusjon, må tillegges «en viss vekt» i formildende retning. Dette kan allikevel ikke sies å modifisere utgangspunktet om at rehabiliteringshensynet blir tillagt begrenset betydning i slike saker.

5.5.4 Forsøk på forsettlig drap

Ved Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2008 s. 1195, ble påtalemyndighetens anke over straffeutmålingen for forsøk på forsettlig drap behandlet. Minstestrafen for forsettlig drap ble utvidet fra seks til åtte år ved straffeskjerpelsen. Dermed er det ikke sikkert resultatet ville blitt det samme i dag. Lagmannsretten idømte tre års fengsel hvorav to år ble gjort betinget og påtalemyndighetens straffepåstand var for Høyesterett tre års ubetinget fengsel. Dommen ble avsagt under dissens (3-2), der flertallet utmålte tilsvarende straff som lagmannsretten med en utvidet prøvetid mens mindretallet mente tre års ubetinget fengsel var riktig reaksjon.

Domfelte hadde i narkorus knivstukket en eldre ukjent kvinne i hennes hjem. Førstvoterende beskriver det som en ”ytterst alvorlig straffbar handling”. Som begrunnelse for å likevel gi deldom på to års betinget fengsel var to forhold avgjørende: ”for det første omstendighetene rundt drapsforsøket sammenholdt med domfeltes tidligere adferd, for det annet domfeltes si-

tuasjon i dag”. Domfelte hadde siden fjorten års alder misbrukt rusmidler og hatt betydelige psykiske problemer. Han ble utskrevet fra psykiatrisk avdeling 2-3 uker før drapsforsøket og hadde i mange måneder forut vist manglende evne til kontroll over sine handlinger. Domfelte befant seg nå i en rehabiliteringssituasjon med gode framtidsutsikter. Førstvoterende uttaler i premiss tjueto at rehabiliteringssituasjonen ”neppe alene kunne bære den deldom som lagmannsretten har avsagt”. De etterfølgende momenter faller imidlertid under rehabiliteringsvurderingen, da de gjelder domfeltes sårbare situasjon og faren for gjentakelse ved forringelse av rehabiliteringen. Det er mulig det refereres til domfeltes vanskelige oppvekst eller omstendighetene på gjerningstidspunktet som formildende omstendigheter, men dette uttaltes ikke eksplisitt.

Annenvoterende understreket i større grad handlingens objektive grovhet. Det ble fremhevet at drapsforsøket ble begått uten foranledning på en forsvarsløs eldre kvinne og utført med "betydelig brutalitet" samt at fornærmede hadde fått store konsekvenser av handlingen i ettertid. På denne bakgrunn anførte annenvoterende at ”de personlige forhold må tre i bakgrunnen, med den konsekvens at den domfeltes gunstige utvikling i denne saken ikke kan være tilstrekkelig til å begrunne at to år av fengselsstraffen gjøres betinget”. Annenvoterende anser altså de allmennpreventive hensyn for å veie tyngre enn de individualpreventive ved et forhold av en slik alvorlighetsgrad. Det fremheves imidlertid at hensynet til domfeltes person er tatt i betraktning ved utmåling av fengselsstraff på tre år. Rehabiliteringshensynet tillegges altså vekt hos både flertallet og mindretallet, men mindretallet anså straffereduksjon tilstrekkelig mens flertallet også mente at en betinget deldom var berettiget.

6 Straffereduksjonens utstrekning der rehabiliteringshensynet tillegges vekt

Den følgende redegjørelsen tar sikte på å synliggjøre hvor stor betydning rehabiliteringshensynet blir gitt når domstolen skal ta stilling til valg av reaksjon og dens omfang. Siden det sjeldent fremgår eksplisitt hvor stor utstrekning de enkelte momenter har fått, vil det følgende kun være et anslag basert på tolkning av de uttalelsene som blir gitt. Spesielt der flere momenter har trukket i formildende retning er det vanskelig å ekstrahere hvor stor utstrekning de enkelte momenter har fått. Høyesteretts ordbruk i relasjon til vektleggingen vil imidlertid være en indikator.

6.1 Valg av reaksjon

6.1.1 Fullt ut betinget fengselsstraff

Den tidligere nevnte høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 1995 s. 1898 som gjaldt straffeutmålingen for blant annet narkotikaovertrедelser, gir et tydelig eksempel på rehabiliteringshensynets betydning for valg av reaksjon. Domfeltes rehabiliteringssituasjon ble ikke vurdert i forhørsrettens premisser. Forhørsrettens dom ble avgitt 20. juni og domfelte ble innlagt på det aktuelle kurstedet i juni. Rehabiliteringssituasjonen ser således ut til å ha blitt etablert etter forhørsrettens avgjørelse, slik at en sammenligning av forhørsrettens og Høyesteretts straffeutmåling blir spesielt interessant. Kun domfeltes rehabiliteringssituasjon ble trukket frem i formildende retning, slik at omgjøringen fra syv måneders ubetinget fengsel til tilsvarende betinget reaksjon alene kan tilskrives dette momentet.

En annen høyesterettsavgjørelse der domfelte får sin straff gjort fullt ut betinget er inntatt i Rt. 1998 s. 1178. Saken gjaldt trusler overfor tidligere samboer, skadeverk og plagsom adferd overfor en annen samboer. Forholdene kvalifiserte ifølge førstvoterende til ubetinget fengsel og straffeutmålingen til lagmannsretten på fem måneder ubetinget fengsel ble som utgangspunkt tiltrådt. Under henvisning til at domfeltes livssituasjon har bedret seg og at det groveste forholdet lå to år tilbake i tid, fant Høyesterett grunnlag for å avgi betinget reaksjon. Det ser ut til å ha blitt lagt større vekt på livssituasjonen da det i begrunnelsen for å gi betinget dom uttales "særlig fordi" i relasjon til den endrede livssituasjon. Vedrørende tidsforløpet blir formuleringen "legger videre vekt på" brukt, noe som gir det preg av å være et tilleggsmoment.

6.1.2 Delvis betinget fengselsstraff

Spørsmålet i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2006 s. 1093 var om det skulle gis samfunnsstraff eller betinget deldom i stedet for en ubetinget fengselsstraff. Domfelte var i lagmannsretten idømt to års ubetinget fengselsstraff for oppbevaring av 9746 gram hasj og 657 gram kokain som var subsumert under strl. § 162 andre ledd. Ved den utmålte straffen var det i formildende retning allerede tatt hensyn til tilståelse, langt tidsforløp og rehabiliteringssituasjon. Førstvoterende estimerte en fengselsstraff på tre år og seks måneder dersom de formildende omstendighetene ikke hadde gjort seg gjeldende. På grunn av forholdets alvorlighetsgrad var det ikke grunnlag for å idømme samfunnsstraff og den utmålte straffen ble heller ikke nedjustert. Seks måneder av fengselsstraffen ble imidlertid gjort betinget på grunnlag av at rehabiliteringshensynet gjorde seg så sterkt gjeldende. Dette tilsvarer 25 % av straffen.

Ved Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2005 s. 1574, ble det blant annet tatt stilling til hvilken straffereduksjon som var berettiget som følge av langt tidsforløp og domfeltes rehabiliteringssituasjon. Lagmannsretten hadde utmålt en straff på ubetinget fengsel i tre år og to måneder for grov narkotikaforbrytelse. Høyesterett gjorde ingen endringer i straffens omfang men kom til at to år og to måneder av straffen skulle gjøres betinget. Etter at domfelte hadde anket lagmannsrettens dom lå saken ubehandlet hos påtalemyndigheten uten påviselig grunn i overkant av ett år. Dette ble ansett som et brudd på EMK art. 6 og førte til ”en ikke ubetydelig nedsettelse av den straff som lagmannsretten har utmålt”. Rehabiliteringssituasjonen hadde videre blitt ytterligere kvalifisert siden lagmannsrettens dom og det ble følgelig lagt til grunn at momentet må ”tillegges større vekt enn det lagmannsretten har gjort”. Det blir vanskelig å gjøre en korrekt ekstraksjon av de enkelte momenters selvstendige straffereduserende betydning. Hvor stor straffereduksjon som blir gitt som følge av et langt tidsforløp må som nevnt vurderes konkret. Til sammenligning ble det i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1990 s. 439, gitt betinget deldom på ett år og to måneder av en total ubetinget fengselsstraff på et år og seks måneder, som følge av en liggetid på om lag to år fra lagmannsrettens dom til saken kom opp til Høyesterett. Dette innebærer at nesten 80 % av straffen ble gjort betinget som følge av langt tidsforløp. Den betingede deldommen i Rt. 2005 s. 1574 var på om lag 70 % men liggetiden var her halvparten av tilfellet i Rt. 1990 s. 439. Det kan dermed virke sannsynlig at minst 30 % av straffereduksjonen skyldtes den styrkede rehabiliteringssituasjonen. Det var allerede tatt hensyn til rehabiliteringssituasjonen i lagmannsrettens dom slik at dersom det hadde vært en ny omstendighet for Høyesterett, vil det være nærliggende at reduksjonen ville vært mer betydelig.

Den tidligere nevnte høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 2000 s. 1335 gir et eksempel på omfattende straffereduksjon som følge av domfeltes rehabiliteringssituasjon.⁶² Saken gjaldt en rekke forhold derav det alvorligste var grov narkotikaforbrytelse og lagmannsretten hadde utmålt en straff på to års fengsel der ett år ble gjort betinget. Lagmannsretten hadde tatt hensyn til rehabiliteringssituasjonen ved sin straffeutmåling. Når saken kom for opp for Høyesterett seks måneder senere ble det stadfestet at den positive utviklingen hadde vedvart. Dette medførte at Høyesterett utvidet den betingede del til ett år og seks måneder slik at resten av den ubetingede del var uthold ved varetekt. Ingen andre formildende omstendigheter blir nevnt eksplisitt. Dermed medførte rehabiliteringssituasjonen her at 75 % av straffen ble gjort betinget.

Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1999 s. 743 gjaldt straffeutmålingen for fire tilfeller av bilbrukstyveri, et grovt og et simpelt tyveri, simpel narkotikaforbrytelse og dokumentfalsk. Lagmannsretten hadde fastsatt straffen til ett år og tre måneder ubetinget fengselsstraff og spørsmålet for Høyesterett var om straffen kunne gjøres delvis betinget. Førstvoterende bemerket at «Ut fra forholdet på domstidspunktene har jeg ikke noe å bemerke til at det ble reagert med ubetinget fengselsstraff, slik herredsretten og lagmannsretten gjorde». Domfelte hadde imidlertid ikke vært involvert i ny kriminalitet siden løslatelse fra varetekt og hadde «hatt en klar utvikling bort fra det tidligere sterkt belastete kriminelle liv». Som beskrevet under kapittel fire ovenfor, hadde han også en stabil familiesituasjon og var i fast arbeid. Som følge av dette ble ti måneder av fengselsstraffen gjort betinget og resten var dermed utholdt ved varetektsfengsling. Dette innebærer at to tredeler av straffen ble gjort betinget.

6.1.3 Samfunnsstraff

Gjennomgangen under punkt 5.2.2 ovenfor synliggjorde hvor langt Høyesterett er villig til å strekke seg der sterke og klare rehabiliteringshensyn gjør seg gjeldende i grove narkotikaker. Ved den første høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 2009 s. 290, ble lagmannsrettens straffeutmåling på ett år og ti måneder hvorav ti måneder var gjort betinget, omgjort til 420 timer samfunnsstraff. Det ble også tatt hensyn til lang saksbehandlingstid som her var på om lag to og et halvt år fra gjerningstidspunkt til endelig dom. Det ser allikevel ut til at rehabiliteringshensynet har hatt størst betydning. Førstvoterende uttaler først at det foreligger tilstrekkelige sterke og klare rehabiliteringshensyn for å idømme samfunnsstraff. Deretter uttales det at ”særlig kombinasjonen av rehabilitering og lang saksbehandlingstid medfører at det vil være uheldig om A nå skulle være nødt til å sone en fengselsstraff”. Dette gir inntrykk av at

⁶² Punkt 4.8.

rehabiliteringshensynet alene kunne forsvart en samfunnsstraff og at saksbehandlingstiden bare blir tilføyd for å underbygge konklusjonen ytterligere.

Den andre høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 2009 s. 294 utvidet rehabiliteringshensynets betydning ytterligere. Her uttalte Høyesterett at straffenivået normalt ville være fengsel i to år og seks måneder. Allikevel opprettholdt Høyesterett lagmannsrettens straffeutmåling på 420 timer samfunnsstraff. Dette viser at Høyesterett mener det er grunnlag for å idømme samfunnsstraff for et straffbart forhold med et straffenivå på to år og seks måneder, dersom det foreligger sterke og klare rehabiliteringshensyn.

Den tredje høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 2011 s. 695 hadde et enda høyere straffenivå som utgangspunkt før rehabiliteringshensynet ble vurdert. Her ble det uttalt at straffenivået hensett til domfeltes tilståelse og underordnede rolle, lå på om lag to år og ti måneder. Førstvoterende fant allikevel grunnlag for å idømme samfunnsstraff på 400 timer. Rehabiliteringssituasjonen ble da sett i sammenheng med at det var hennes første domfellelse og at hun hadde hatt en underordnet rolle. Som nevnt ovenfor ble den underordnede rollen vurdert opp i mot fastsetting av en eventuell fengselsstraff og første gangs domfellelse er som utgangspunkt et nøytralt moment. Det kan derfor se ut til at rehabiliteringssituasjonen alene ville kunne forsvare samfunnsstraff og at de andre momentene blir brukt for å forsvare konklusjonen. Den subsidiære fengselsstraffen blir utvidet med en måned til to år og fire måneder. Dette viser at de tidligere instanser hadde tatt utgangspunkt i et for lavt straffenivå i sin straffeutmåling.

6.2 Reduksjon i straffens omfang

6.2.1 Subsidiær fengselsstraff ved idømt samfunnsstraff

Høyesterettsavgjørelsene inntatt i Rt. 2009 s. 290 og Rt. 2009 s.294 kan igjen tjene som gode eksempler. Utover å idømme en mildere straffart, ble også den subsidiære fengselsstraffen nedjustert i forhold til det straffenivået som ble estimert uten hensyn til rehabiliteringssituasjonen. Det ble i den første høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 2009 s. 290, satt en subsidiær fengselsstraff på ett år og seks måneder. Dette tilsvarer en reduksjon på fire måneder sammenlignet med den fengselsstraff lagmannsretten utmålte. Det ble imidlertid tatt høyde for lang saksbehandlingstid ved behandlingen hos Høyesterett, slik at reduksjonen ikke alene kan tilskrives rehabiliteringshensynet. Samlet tilsvarer det en reduksjon på om lag 18 %.

Det ble i den andre høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 2009 s. 294 fastsatt en subsidiær fengselsstraff på ett år og ti måneder. Dette vil tilsi en reduksjon på åtte måneder eller om lag 27 % i forhold til det straffenivået som ble estimert uten hensyn til rehabiliteringssituasjonen. Førstvoterende uttaler også i relasjon til utmålingen av den subsidiære fengselsstraffen at han

«legger til grunn at rehabiliteringshensynet ville vært tillagt vekt også dersom det skulle vært utmålt en straff av ubetinget fengsel». Dette gir et klart signal om at hensynet også vil ha betydning ved utmålingen av ubetinget fengselsstraff. Samme formulering blir brukt i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2011 s. 695, noe som tilsier en etablert praksis. Her ble den subsidiære fengselsstraffen fastsatt til to år og fire måneder. Dette medfører en reduksjon på seks måneder eller om lag 18 % i forhold til det estimerte straffenivået uten hensyn til rehabiliteringssituasjonen.

6.2.2 Ubetinget fengselsstraff

Spørsmålet i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2003 s. 316 var hvilken straff som skulle utmåles for en rekke straffbare forhold der de alvorligste var to grove ran. Lagmannsretten hadde fastsatt en straff på tre års fengsel hvorav to år ble gjort betinget. Av hensyn til handlingens grovhet, kunne ikke førstvoterende være enig i den betingede deldommen. Domfeltes positive utvikling førte imidlertid til en reduksjon på seks måneder i den utmålte fengselsstraffen, noe som tilsvarer om lag 17 % reduksjon. Som følge av at domfeltes opphold på et bo- og arbeidskollektiv ble ansett som varetektsfengsling, ble varetektsfradraget stort nok til at førstvoterende antok at innkalling til ytterligere soning ville bli utelatt. Siden fradraget tilsvarer ett år og ni måneder antas det at grunnen til at ytterligere soning ikke vil bli anmodet er muligheten til løslatelse etter 2/3 soning jf. straffegjennomføringsloven § 42. Avgjørelsesmyndigheten ligger således hos kriminalomsorgen.

En høyesterettsavgjørelse inntatt i Rt. 2005 s. 938, gir et eksempel på et tilfelle der rehabiliteringshensynet ikke medførte noen reduksjon i den ubetingete fengselsstraffen. Saken gjaldt straffeutmålingen for domfeltes vold mot sin adoptivdatter jf. strl. § 219. Lagmannsretten utmålte straffen til fem måneder ubetinget fengselsstraff og Høyesterett forkastet domfeltes anke over straffeutmålingen. Det var etter Høyesteretts syn verken rom for å reagere med samfunnsstraff eller betinget fengsel. Førstvoterende var ikke uenig i at det her kunne være tale om en rehabiliteringssituasjon, men mente allikevel at overtredelsens alvorlige karakter tilsa en ubetinget fengselsstraff. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at domfeltes rehabilitering for alkohol- og rusmisbruk var kortvarig og ustabil. Høyesterett går ikke noe nærmere inn i vurderingen. Det kan tyde på at det her var tale om en svakt kvalifisert rehabiliteringssituasjon og at resultatet kanskje ville vært annerledes hvis den var ytterligere kvalifisert.

7 Avslutning

7.1 Viktigste funn

7.1.1 Rusmisbrukere som begår narkotikarelatert kriminalitet

Gjennomgangen av rettspraksis har vist at majoriteten av de lovovertrederne som får sin rehabiliteringssituasjon vektlagt er tidligere rusmisbrukere som har begått narkotikarelatert kriminalitet. Når det gjelder idømmelse av samfunnsstraff, ser det også ut til at Høyesterett her er villig til å strekke seg lengst hensett til det straffenivået som ellers ville vært aktuelt. Det har blitt idømt samfunnsstraff for grove narkotikaforbrytelser der straffenivået beveger seg opp imot tre års ubetinget fengsel.⁶³ Straffenivået for den grove narkotikaforbrytelsen som var aktuell i høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 2006 s. 1093 ble estimert til tre år og seks måneder uten hensyn til de formildende omstendighetene. Her ble det ikke funnet forsvarlig å idømme samfunnsstraff av hensyn til forholdets alvorlighetsgrad. Grensen for idømmelse av samfunnsstraff for narkotikaforbrytelser der rehabiliteringssituasjonen blir vektlagt ser derfor ut til å gå der det estimerte straffenivået overstiger tre års fengsel. Da vil det imidlertid gjerne bli idømt en betinget deldom som også ble tilfellet i den nevnte avgjørelsen. Siden omfanget av den betingete deldommen vil bero på de konkrete omstendighetene i de aktuelle sakene er det vanskelig å gi et generelt estimat på omfanget av disse. Det bemerkes allikevel at de betingete deldommene som har blitt gitt i avgjørelsene som har blitt behandlet her ikke har vært lavere enn 25 % av den utmålte straffen.

7.1.2 Generelt om vektleggingen

Hvilket straffenivå som gjør seg gjeldende er imidlertid ikke en avgjørende betingelse for idømmelse av samfunnsstraff. Vilkåret om at straffens formål ikke må tale mot en reaksjon i frihet er i følge forarbeidene den viktigste begrensningen for anvendelse av reaksjonsformen.⁶⁴ Uavhengig av straffenivå vil det for noen straffbare forhold melde seg så sterke allmennpreventive hensyn at den klare hovedregelen vil være ubetinget fengsel. På tross av dette har Høyesterett av hensyn til rehabilitering idømt samfunnsstraff for grove overtredelser som forsøk på grovt ran⁶⁵, legemsbeskadigelse⁶⁶ og vold mot offentlig tjenestemann⁶⁷. Dette viser en sterk vektlegging av individualprevensjon og understreker rehabiliteringshensynets vekt.

⁶³ Jf. Rt. 2009 s. 294 og Rt. 2011 s. 695.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) s. 176.

⁶⁵ Rt. 2001 s. 143.

⁶⁶ Rt. 2006 s. 1447.

⁶⁷ Rt. 2004 s. 1596.

Dersom det ikke anses forsvarlig å idømme samfunnsstraff, har gjennomgangen vist at den klare hovedregel vil være at rehabiliteringshensynet gir seg utslag i en betinget deldom. Jeg har jeg ikke kommet over et eneste eksempel der det blir stadfestet at det foreligger en kvalifisert rehabiliteringssituasjon uten at dette har medført en noe mildere reaksjon. For de tilfellene hvor rehabiliteringssituasjonen ikke har blitt vektlagt har dette vært på grunn av at den ikke har vært tilstrekkelig kvalifisert eller sannsynliggjort.

7.1.3 Mildere straffart fremfor straffereduksjon

Vektleggingen av rehabiliteringshensyn ser fortsatt ut til å oftest gi seg utslag ved at det velges en mildere straffart, selv om Høyesterett har gitt signaler om at det også kan medføre og har medført straffereduksjon.⁶⁸ Dette kan ha sammenheng med at det ved å velge en mildere straffart opprettes et sikkerhetsnett, slik at dersom rehabiliteringssituasjonen skulle opphøre og domfelte vender tilbake til kriminalitet vil den ubetingete fengselsstraffen måtte sones. Hvis det gis en betydelig straffereduksjon i den ubetingete fengselsstraffen vil således domfeltes incentiv til å fortsette rehabiliteringsprosessen reduseres, siden konsekvensene av å falle tilbake til kriminalitet ikke vil være like store.

7.2 Evaluering og rettspolitiske betraktninger

7.2.1 Evaluering av rusprogram med domstolskontroll

Begrunnelsen for å vektlegge tiltaltes rehabiliteringssituasjon ser som nevnt ut til å bygge på en målsetning om å redusere gjentakelsesfaren for nye kriminelle handlinger.⁶⁹ Det vil derfor være interessant å undersøke hvorvidt målsetningen blir oppnådd.

For prøveordningen med narkotikaprogram med domstolskontroll ble det i forskriftens § 12 bestemt at det skulle foretas en evaluering. Statens institutt for rusmiddelforskning utferdiget således en rapport i 2014 der det ble foretatt en oppfølgingsstudie av de 115 første som har fulgt ordningen.⁷⁰ Av de som deltok var det 34 % som fullførte ordningen.⁷¹ To år etter inntak på ordningen hadde 6 % av de som fullførte fått nye domfellelser.⁷² Til sammenligning hadde 39 % av de som droppet ut fått nye domfellelser. Av de som fullførte hadde 60 % gått ut av ordningen når oppfølgingsintervjuet to år etter ble gjennomført. De var således i langt mind-

⁶⁸ Jf. Rt. 2009 s. 294 og Rt. 2011 s. 695.

⁶⁹ Punkt 3.1.1.

⁷⁰ SIRUS-rapport nr. 4/2014.

⁷¹ Ibid. s. 25.

⁷² Ibid. s. 35.

re grad i et kontrollert miljø (fengsel/institusjon) sammenlignet med de som droppet ut. Dette mener forfatteren av rapporten at «styrker indikasjonen på at de som fullførte klarer seg betydelig bedre når det gjelder nye domfellelser enn de som ikke fullførte». Rapporten viser således en betraktelig reduksjon av nye domfellelser for de som klarte å fullføre rehabiliteringsopplegget sammenlignet med de som droppet ut. Den store andelen som dropper ut kan forklares med at det ikke stilles noe vilkår om at man allerede er i en rehabiliteringssituasjon. Som nevnt er det knyttet store utfordringer til å komme ut av rusmisbruk og mange vil således ikke lykkes med sin rehabilitering. Frafallet blir i rapporten også ansett som normalt sammenlignet med andre behandlingstiltak.⁷³

Rusprogram med domstolskontroll ser altså ut til å innfri lovgivers intensjon om å forebygge fremtidig kriminalitet fra de som gjennomfører programmet.⁷⁴ Ordningen reflekterer også at rusmisbruk nå i større grad blir betraktet som et helseproblem enn et strafferettslig problem. Videre bygger det på en påvist presumsjon om at narkotikarelatert kriminalitet ofte er nært knyttet opp mot rusmisbruket. Allikevel synes jeg det kan stilles spørsmålstegn til hvorfor rusmisbrukere skal ha særrett på denne ordningen. Dette medfører for eksempel at alkoholikere, voldsforbrytere med sinnemestringsproblemer, eller generelt gjengangerforbrytere faller utenfor ordningen. Det er riktignok anledning til å sette vilkår som representerer rehabilitering ved idømmelse av samfunnsstraff eller betinget fengsel. Slike vilkår vil imidlertid sjeldent ha den helhetlige tilnærmingen som rusprogrammet har og det er derfor nærliggende at sannsynlighet for suksess er lavere. Hvis ordningen hadde blitt omdefinert til eksempelvis «rehabiliteringsprogram med domstolskontroll» ville en større gruppe motiverte individer være kvalifisert. Hvis vi da forfølger presumsjonen om at rehabilitering reduserer gjentakelsesfaren vil således sannsynligheten for et økt antall lovlydige borgere stige. Dette ville også være i bedre samsvar med likhetsprinsippet da en større målgruppe vil behandles likt i straffeutmålingen. Uansett form bør ordningen etter mitt syn innføres permanent på landsbasis, slik at flere får anledning til å følge programmet.

7.2.2 Evaluering av rehabiliteringshensynet

7.2.2.1 Reduksjon av gjentakelsesfare

Til forskjell fra de som blir idømt betinget fengsel med vilkår om narkotikaprogram, har de som får vektlagt sin rehabiliteringssituasjon i straffeutmålingen allerede påvist at det foreligger en kvalifisert rehabiliteringssituasjon. De har gjerne fått bistand fra et hjelpeapparat og

⁷³ SIRUS-rapport nr. 4/2014 s. 44.

⁷⁴ Ot.prp. nr.81 (2004-2005) s. 5.

fått gode attester på sin prognose. Det er derfor grunn til å tro at deres sjanse for å lykkes med videre rehabilitering er større enn for de som følger ordningen med narkotikaprogram med domstolskontroll. Som studien viste har de som fullfører et rehabiliteringsopplegg redusert gjentakelsesfare. Det kan derfor legges til grunn at det er gode holdepunkter for å anta at målsetningen om redusert gjentakelsesfare oppnås ved vektlegging av tiltaltes rehabiliteringssituasjon i straffeutmålingen.

7.2.2.2 Gjeldende praksis

Mitt overordnede inntrykk etter arbeidet med denne oppgaven er at rehabiliteringshensynet har en sentral plass i domstolenes straffeutmåling. Som nevnt i punkt 2.3.2.1, kan en sterk vektlegging av forhold utenfor den straffbare handling være problematisk hensett til likhetsprinsippet. Det vil kunne innebære at tilnærmet like straffbare forhold ikke straffes likt. Som gjennomgangen har vist blir ofte kausaliteten mellom domfeltes livssituasjon og den kriminelle virksomheten fremhevet. Det kan derfor argumenteres for at en straffbar handling utført av en person med en ustabil livssituasjon blir ansett som mindre straffverdig enn dersom personen befinner seg i en stabil livssituasjon. Dette med forbehold om at den ustabile livssituasjonen er stabilisert på domstidspunktet.

Hvor langt denne kausalitetstankegangen kan strekkes vil imidlertid variere. Det er etter mitt syn naturlig at rehabiliteringshensyn har begrenset vekt ved seksuallovbrudd.⁷⁵ Utover at det her kommer inn sterke allmennpreventive hensyn, vil det være betenkelig å anlegge en for deterministisk synsvinkel for slike overtredelser. Den naturlige kausaliteten som melder seg mellom rusmisbruk og narkotikarelatert kriminalitet er på ingen måte like fremtredende ved seksuallovbrudd. Sterk vektlegging av rehabiliteringshensyn bør etter mitt syn reserveres for overtredelser som erfaringsmessig har en naturlig sammenheng med domfeltes livssituasjon.

Når det gjelder vektleggingen av rehabiliteringshensynet for narkotika- og vinningsforbrytelser mener jeg det er rom for ytterligere utvidelse av dets betydning. Her vil den naturlige sammenhengen mellom livssituasjonen og den kriminelle virksomheten ofte være fremtredende.

Straffenivået for narkotikaforbrytelser er etter manges mening unaturlig høyt. Andenæs har tatt til orde for en liberalisering av narkotikapolitikken, og The Global Commission on Drug Policy fastslår at den internasjonale krigen mot narkotika har feilet.⁷⁶ Det påligger selvfølgelig-

⁷⁵ Punkt 5.5.3.

⁷⁶ Andenæs (1994), The Global Commission on Drug Policy (2011).

lig lovgiver å liberalisere straffenivået men poenget er at strenge fengselsstraffer ikke ser ut til å være et godt virkemiddel for å bekjempe slik kriminalitet. En sterk vektlegging av rehabiliteringshensyn slik at domfelte får reaksjoner i frihet fremfor fengselsstraff, ser derimot ut til å være et bedre virkemiddel for å forhindre fremtidige lovovertridelser. Med någjeldende straffenivå ser det imidlertid ut til at Høyesterett allerede har nådd yttergrensene for anvendelse av samfunnsstraff. Det vil derfor være naturlig og ønskelig at lovgiver kommer på banen, slik at enda grovere narkotikaforbrytelser kan møtes med samfunnsstraff eller betinget fengsel der sterke rehabiliteringshensyn gjør seg gjeldende.

8 Litteraturliste

8.1 Juridisk litteratur

Andenæs, Johs, Liberalisering av narkotikalogvgivningen, Lov og Rett (hentet fra Lovdata), s. 625-628, 1994.

Andenæs, Johs, Alminnelig strafferett, 5. utgave, 2004.

Andenæs, Johs, Norsk straffeprosess, 4. utgave ved Tor-Geir Myhrer, 2009.

Bårdsen, Arnfinn, Avgjørelse i straffesaker innen «rimelig tid», Lov og Rett (hentet fra Lovdata), side 323-352, 1997.

Eskeland, Ståle, Strafferett, 3. utgave, 2013.

Falck, Sturla, Narkotikaprogram med domstolskontroll – en oppfølgingsstudie av 115 av de første klientene, SIRUS-rapport nr. 4/2014 (hentet fra sirus.no), 2014.

Matningsdal, Magnus, Grensen mellom skyld- og straffespørsmålet, Jussens Venner (hentet fra Lovdata), side 273-299, 1998.

Matningsdal, Magnus, Høyesteretts rolle i utviklingen av strafferetten, Tidsskrift for strafferett (hentet fra Lovdata), s. 345-359, 2002.

Matningsdal, Magnus og Bratholm, Anders, Lov 22. mai 1902 nr. 44 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) Kommentartutgave (henter fra kommentartutgaver.no), 2003.

Matningsdal, Magnus, Lovens kommentarer til Lov 20. mai 2005 nr. 28 lov om straff (straffeloven), Rettsdata, 2014.

Mathiesen, Thomas, Kan fengsel forsvares?, 3. utgave, 2007.

Skarøhamar, Torbjørn, Straffegjennomføring med samfunnsstraff i Norge – Konsekvenser for straffedes sysselsetting, Statistisk sentralbyrå rapporter nr. 13/2013 (hentet fra ssb.no), 2013.

Strandbakken, Asbjørn og Matningsdal, Magnus, Straffenivå og straffeteorier i norsk strafferett 2001, Jussens Venner (hentet fra Lovdata), s 1-17, 2004.

The Global Commission on Drug Policy, War on Drugs (hentet fra <http://www.globalcommissionondrugs.org/reports/>), 2011.

8.2 Lover og forskrifter

Lov 22. mai 1902 nr. 10 alminnelig borgerlig straffelov (straffeloven).

Lov 18. juni 1965 nr. 4 om vegtrafikk (vegtrafikkloven).

Lov 8. juli 1988 nr. 70 om endringer i straffeloven, straffeprosessloven og vegtrafikkloven (uaktsomt drap m.m. ved bruk av motorvogn).

Lov 23. juni 1995 nr. 35 om endringer i straffeloven, vegtrafikkloven og straffeprosessloven (prøveordning med promilleprogram mv).

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

Lov 17. juni 2005 nr. 92 om endringer i straffeloven (prøveordning med narkotikaprogram med domstolskontroll).

Lov 29. juni 2007 nr. 84 om endringer i straffegjennomføringsloven mv. (tiltak for å avvikle soningskøen og bedre innholdet i soningen mv.).

Lov 25. juni 2010 nr. 46 om endringer i straffeloven 1902 mv. (skjerping av straffen for drap, annen grov vold og seksuallovbrudd).

Forskrift 16. desember 2005 nr. 1518 om prøveordning med narkotikaprogram med domstolskontroll.

Forskrift 10. oktober 2008 nr. 1100 om program mot ruspåvirket kjøring.

Forskrift 20. januar 2012 nr. 85 om faste grenser for påvirkning av andre berusende eller bedøvende middel enn alkohol m.m.

8.3 Konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), Roma 4. november 1950.

8.4 Forarbeider

Ot.prp. nr.72 (1989-1990) Om lov om endringer i straffeloven m.v. (samfunnstjeneste).

Innst. O. nr.65 (1994-1995) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven, veitrafikkloven og straffeprosessloven. (Prøveordning med promilleprogram m.v.).

St.meld. nr.27 (1997-98) Om kriminalomsorgen.

Ot.prp. nr.5 (2000-2001) Om lov om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven).

NOU 2002: 4 Ny straffelov - Straffelovkomisjonens delutredning VII.

Ot.prp. nr.90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven).

Ot.prp. nr.81 (2004-2005) Om lov om endringer i straffeloven (prøveordning med narkotikaprogram med domstolskontroll)

Ot.prp. nr.31 (2006-2007) Om lov om endringer i straffegjennomføringsloven mv. (tiltak for å avvikle soningskøen og bedre innholdet i soningen mv.).

Ot.prp. nr.8 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpende og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet).

8.5 Rettspraksis

8.5.1 Høyesterett

Rt. 1981 s. 509	Rt. 1998 s. 1945	Rt. 2005 s. 1070
Rt. 1983 s. 1268	Rt. 1999 s. 386	Rt. 2005 s. 1312
Rt. 1986 s. 608	Rt. 1999 s. 743	Rt. 2005 s. 1574
Rt. 1990 s. 439	Rt. 1999 s. 1471	Rt. 2006 s. 1093
Rt. 1990 s. 679	Rt. 2000 s. 1335	Rt. 2006 s. 1447
Rt. 1991 s. 275	Rt. 2000 s. 1446	Rt. 2007 s. 950
Rt. 1991 s. 510	Rt. 2001 s. 143	Rt. 2007 s. 1274
Rt. 1992 s. 769	Rt. 2002 s. 742	Rt. 2008 s. 1195
Rt. 1993 s. 924	Rt. 2003 s. 316	Rt. 2008 s. 1495
Rt. 1993 s. 1381	Rt. 2003 s. 1153	Rt. 2009 s. 290
Rt. 1994 s. 710	Rt. 2003 s. 1248	Rt. 2009 s. 293
Rt. 1994 s. 900	Rt. 2003 s. 1561	Rt. 2009 s. 294
Rt. 1995 s. 521	Rt. 2003 s. 1783	Rt. 2009 s. 1371
Rt. 1995 s. 1043	Rt. 2004 s. 161	Rt. 2011 s. 695
Rt. 1995 s. 1347	Rt. 2004 s. 365	Rt. 2011 s. 1155
Rt. 1995 s. 1898	Rt. 2004 s. 1596	Rt. 2013 s. 633
Rt. 1996 s. 38	Rt. 2005 s. 38	Rt. 2013 s. 636
Rt. 1996 s. 50	Rt. 2005 s. 343	
Rt. 1998 s. 1178	Rt. 2005 s. 938	

8.5.2 Lagmannsrettene

LH-2011-84376

LF-2011-182202

LB-2013-153713